

Der Begriff der Arbeitskraft in §18 Abs. 1 BSHG  
sein Inhalt und seine Bedeutung  
für die Gewährung der Hilfe zum Lebensunterhalt

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft

( Dr. jur. )

vorgelegt von

Ulrich Aloisius Maria Busch

aus Düsseldorf

1973



Der Begriff der Arbeitskraft in § 18 Abs. 1 BSHG  
sein Inhalt und seine Bedeutung  
für die Gewährung der Hilfe zum Lebensunterhalt

Digitized by the Internet Archive  
in 2026



Der Begriff der Arbeitskraft in § 18 Abs. 1 BSHG  
sein Inhalt und seine Bedeutung  
für die Gewährung der Hilfe zum Lebensunterhalt

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft

( Dr. jur. )

vorgelegt von

Ulrich Aloisius Maria Busch

aus Düsseldorf

1973



1. Berichterstatter:

Prof. Dr. HANS HEINRICH RUPP

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. WALTER RUDOLF

Tag der mündlichen Prüfung:

8. Februar 1973

Einleitung

1. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

2. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

3. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

4. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

5. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

6. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

7. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

8. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

Meiner Frau und meinen

Eltern gewidmet

9. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

10. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

11. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

12. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

13. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

14. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

15. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

16. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

17. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

18. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung

19. Die Bedeutung der Kunst für die menschliche Entwicklung



Inhaltsübersicht

|                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Einleitung .....                                                                                                                                 | 1  |
| <u>Erster Abschnitt: Die Entwicklung einer sozialhilfe-</u><br><u>rechtlichen Definition der Arbeitskraft in</u><br><u>§ 18 Abs.1 BSHG</u> ..... | 3  |
| § 1 Die Unanwendbarkeit sozialversicherungsrechtlicher<br>Begriffe der RVO im Sozialhilferecht .....                                             | 3  |
| 1. Kapitel Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit in<br>§ 182 RVO .....                                                                              | 3  |
| 2. Kapitel Die Arbeitsunfähigkeit als spezieller<br>krankenversicherungsrechtlicher Begriff .....                                                | 6  |
| 3. Kapitel Die Arbeitsunfähigkeit als spezieller<br>sozialversicherungsrechtlicher Begriff .....                                                 | 9  |
| I Die Aufgaben und die Grundsätze der<br>Sozialversicherung .....                                                                                | 9  |
| II Die Aufgaben und die Grundsätze der<br>Sozialhilfe .....                                                                                      | 11 |
| § 2 Die Entwicklung einer sozialhilferechtlichen<br>Definition der Arbeitsfähigkeit .....                                                        | 14 |
| 1. Kapitel Die Arbeitsfähigkeit und die Erwerbsfähig-<br>keit im allgemeinrechtlichen Sinne .....                                                | 14 |

|                                                                                                                                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. Kapitel Die Übernahme des Begriffes der Erwerbsfähigkeit im allgemeinrechtlichen Sinne in das Bundessozialhilfegesetz .....             | 17 |
| 3. Kapitel Die Auswirkungen auf die Tatbestände der §§ 19 und 20 BSHG .....                                                                | 20 |
| I Das Verhältnis des § 18 BSHG zu den §§ 19 und 20 BSHG .....                                                                              | 20 |
| II Die Erwerbsfähigkeit als Voraussetzung für die Anwendung der §§ 19 und 20 BSHG .....                                                    | 22 |
| III Die Beschränkung der Tätigkeiten nach den §§ 19 und 20 BSHG auf Erwerbsarbeiten .....                                                  | 25 |
| 1. Die Tätigkeiten nach § 20 Abs.1 BSHG .....                                                                                              | 26 |
| 2. Die Regelungen der §§ 19 Abs.1, Abs.2, 20 Abs.2 BSHG .....                                                                              | 28 |
| <br><u>Zweiter Abschnitt: Die Präzisierung der Arbeitskraft des § 18 Abs.1 BSHG als tatsächliche Arbeits- und Leistungsfähigkeit .....</u> |    |
| § 1 Das Erfordernis einer konkreten Betrachtungsweise der Arbeitsfähigkeit im BSHG .....                                                   | 34 |
| 1. Kapitel Die Problemstellung .....                                                                                                       | 34 |
| 2. Kapitel Der Streit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise im Rahmen der Reichsversicherungsordnung .....                   | 36 |
| 3. Kapitel Die Lösung im Rahmen des § 18 Abs.1 BSHG ...                                                                                    | 40 |

|                                                                                                                                 |                                                                                                                                              |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I                                                                                                                               | Der Wortlaut des Gesetzes .....                                                                                                              | 40 |
| II                                                                                                                              | Der Sinn und Zweck der Sozialhilfe als<br>Auslegungsmaßstab .....                                                                            | 43 |
| III                                                                                                                             | Das Verhältnis der §§ 18 Abs. 1, 18 Abs. 3 und<br>25 Abs. 1 BSHG zueinander .....                                                            | 46 |
| IV                                                                                                                              | Die Ungleichbehandlung und die fehlende<br>Praktikabilität .....                                                                             | 49 |
| § 2 Die Auswirkungen auf die sozialhilferechtliche<br>Behandlung von Arbeitsverweigerern mit<br>seelischer Fehlhaltung ..... 51 |                                                                                                                                              |    |
| 1. Kapitel Die Behandlung bis zur Entscheidung des<br>BVerwG vom 31. Januar 1968 ..... 52                                       |                                                                                                                                              |    |
| 2. Kapitel Die Bedenken gegen diese Lösung ..... 54                                                                             |                                                                                                                                              |    |
| I                                                                                                                               | Die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt nach<br>§ 11 Abs. 1 BSHG im Wege des Rechtsanspruchs .....                                       | 54 |
| II                                                                                                                              | Die gesetzliche Regelung der Kann-Leistungen .....                                                                                           | 55 |
| III                                                                                                                             | Der grundsätzliche Ausschluß von Ermessens-<br>leistungen bei Vorliegen der Voraussetzun-<br>gen des § 25 Abs. 1 BSHG .....                  | 56 |
| IV                                                                                                                              | Die Grenzen des § 25 Abs. 1 BSHG .....                                                                                                       | 57 |
| V                                                                                                                               | Die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im<br>Rahmen von Ermessen außerhalb der §§ 11 ff BSHG<br>und des Bundessozialhilfegesetzes ..... | 59 |
| VI                                                                                                                              | Der Wortlaut der amtlichen Begründung als<br>Argument .....                                                                                  | 62 |
| VII                                                                                                                             | Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 BSHG als<br>Argument .....                                                                                      | 64 |

|            |                                                                                                                                 |    |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. Kapitel | Der Weg des Bundesverwaltungsgerichtes .....                                                                                    | 73 |
| 4. Kapitel | Die Kritik an der Lösung des Bundes-<br>verwaltungsgerichtes .....                                                              | 75 |
| I          | Der Wortlaut des § 25 Abs. 1 BSHG .....                                                                                         | 75 |
| II         | Die Tauglichkeit als ungeschriebenes Tatbe-<br>standsmerkmal .....                                                              | 76 |
| III        | Der zentrale Gedanke des § 25 Abs. 1 BSHG .....                                                                                 | 77 |
| IV         | Das fortlaufende Betreuungsverhältnis als<br>Argument .....                                                                     | 79 |
| V          | Die Beurteilung des Einsatzes der Arbeitskraft<br>im Sozialhilferecht als Argument .....                                        | 81 |
| 5. Kapitel | Die Lösung des Problems der Arbeitsverwei-<br>gerung bei seelischer Fehlhaltung .....                                           | 83 |
| § 3        | Die Auswirkungen auf die Bewertung der Verweige-<br>rung amtsärztlicher Untersuchungen und der<br>Meldung beim Arbeitsamt ..... | 86 |
| 1. Kapitel | Der Stand von Rechtsprechung und<br>Literatur .....                                                                             | 86 |
| 2. Kapitel | Die Bedenken gegen die Anwendung des<br>§ 25 Abs. 1 BSHG .....                                                                  | 87 |
| 3. Kapitel | Der Weg über § 115 Abs. 1 BSHG .....                                                                                            | 90 |
| 4. Kapitel | Die Folgen der Verletzung der Mitwir-<br>kungspflichten .....                                                                   | 91 |

|     |                                                               |    |
|-----|---------------------------------------------------------------|----|
| I   | Die Bestimmung des § 115 Abs.1 BSHG als Beweislastregel ..... | 92 |
| II  | Der Ausschluß des Anspruches auf Sozialhilfe ..               | 94 |
| III | Die Grenzen des Anspruchsausschlusses .....                   | 97 |

|                                                             |                                                                                                  |     |
|-------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <u>Dritter Abschnitt: Die Präzisierung der Arbeitskraft</u> |                                                                                                  |     |
| <u>des § 18 Abs.1 BSHG nach den Arten der in Frage</u>      |                                                                                                  |     |
| <u>kommenden Erwerbsarbeiten</u> .....                      |                                                                                                  | 101 |
| § 1                                                         | Die Zumutbarkeit der Erwerbsarbeiten .....                                                       | 101 |
| 1. Kapitel                                                  | Der Maßstab der Zumutbarkeit .....                                                               | 101 |
| 2. Kapitel                                                  | Die Regelung des § 18 Abs.3,                                                                     |     |
|                                                             | 2. Alt. BSHG .....                                                                               | 103 |
| 3. Kapitel                                                  | Die Auswirkungen auf in Not geratene Selbständige .....                                          | 104 |
| I                                                           | Die grundsätzliche Frage nach dem Arbeits-                                                       |     |
|                                                             | einsatz .....                                                                                    | 104 |
| II                                                          | Die Berücksichtigung der bisher überwiegend ausgeübten Tätigkeit .....                           | 106 |
| 4. Kapitel                                                  | Die Unterschiede zum Kreis der im Rahmen der Berufsunfähigkeit in Frage kommenden Arbeiten ..... | 108 |
| § 2                                                         | Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nach dem Arbeitsfeld .....                                  | 110 |

|                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Kapitel Der allgemeine Arbeitsmarkt als Grenze für<br>die Erwerbsunfähigkeit und die Vermittlungs-<br>fähigkeit .....                                  | 110 |
| 2. Kapitel Die Regelungen der §§ 18 Abs.2 und<br>19 Abs.1 BSHG .....                                                                                      | 111 |
| I Die Vorschrift des § 18 Abs.2 BSHG .....                                                                                                                | 111 |
| II Die Vorschrift des § 19 Abs.1 BSHG .....                                                                                                               | 112 |
| 3. Kapitel Die Folgerungen für die Arbeitsfähigkeit<br>im Vergleich zur Erwerbsunfähigkeit und<br>Vermittlungsfähigkeit .....                             | 116 |
| 4. Kapitel Die Unmöglichkeit weiterer Präzisierungen .                                                                                                    | 117 |
| <u>Vierter Abschnitt: Die Beweislastverteilung bei Zwei-</u><br><u>feldn über das Vorliegen von Arbeitsfähigkeit</u><br><u>nach § 18 Abs.1 BSHG .....</u> |     |
| § 1 Die Arbeitsfähigkeit als negatives Tatbestands-<br>merkmal .....                                                                                      | 118 |
| 1. Kapitel Die in der Rechtsprechung erkennbare<br>Tendenz .....                                                                                          | 119 |
| 2. Kapitel Die Kritik an dieser Ansicht .....                                                                                                             | 121 |
| I Der Unterschied zwischen negativen Tatbestands-<br>merkmalen und rechtshindernden Normen .....                                                          | 121 |

|                                                    |     |
|----------------------------------------------------|-----|
| II Die Übernahme von Beweislastregeln des Privat-  |     |
| rechts in das Verwaltungsrecht .....               | 122 |
| III Die Argumente für das Vorliegen einer          |     |
| rechtshindernden Norm .....                        | 123 |
| § 2 Die Entscheidung der Beweislastfrage nach der  |     |
| Werthaftigkeit der Prozeßbeteiligten .....         | 128 |
| 1. Kapitel Der Weg von Auer .....                  | 128 |
| 2. Kapitel Die Bedenken gegen diese Ansicht .....  | 131 |
| I Der Ausgangspunkt für eine Kritik .....          | 132 |
| II Die Ausgangsvermutung und das Wesen der         |     |
| Sozialhilfe .....                                  | 133 |
| III Die Frage der Übereinstimmung des sozialhilfe- |     |
| rechtlichen Subsidiaritätsprinzips mit dem all-    |     |
| gemeinen Subsidiaritätsprinzip .....               | 134 |
| 1. Das sozialhilferechtliche Subsidiaritäts-       |     |
| prinzip .....                                      | 134 |
| 2. Der positive Gehalt des allgemeinen             |     |
| Subsidiaritätsprinzips .....                       | 135 |
| 3. Der negative Gehalt des allgemeinen             |     |
| Subsidiaritätsprinzips .....                       | 137 |
| 4. Die Aussage des allgemeinen Subsidiaritäts-     |     |
| prinzips nach Bernzen .....                        | 139 |
| 5. Die Kritik an dieser Auffassung .....           | 139 |
| § 3 Die Lösung der Beweislastproblematik.....      | 147 |

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| 1. Kapitel Die Auswirkungen der Möglichkeiten der   |     |
| Beweislastverteilung .....                          | 148 |
| I Die Verteilung zu Lasten des Hilfesuchenden ..... | 148 |
| II Die Verteilung zu Lasten des Staates .....       | 149 |
| 2. Kapitel Die Entscheidung zugunsten der Menschen- |     |
| würde .....                                         | 151 |
| Ergebnis der Untersuchung .....                     | 153 |

Literaturverzeichnis

- Albers, Sophia: Die Unterstützung der Arbeitnehmer bei Arbeitskämpfen nach dem Bundessozialhilfegesetz, Dissertation Köln, 1968.
- Allinger, Gustav: Die Rechtsprechung zur Teilzeitarbeit im Rahmen der §§ 1246, 1247 RVO, in Arb.Vers. 1964, S. 154 ff.
- Auer, Wolfgang: Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, Dissertation Mainz, 1963.
- Aye, H.A.: Anmerkung zu BSGE vom 30.5.67, 3 RK 15/65, in SGB 1968, S. 371 f.
- Aye, H.A.: Anmerkung zu LSG Hamburg vom 17.8.65, I KRB f 5/64, in SGB 1966, S. 331 f.
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 28. Auflage, München und Berlin 1965.
- Bekemeyer, Heinrich: Die Erwerbsunfähigkeit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise, in Soz.Vers. 1967, S. 135 ff.
- Bernzen, Uwe: Das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip des deutschen Staatsrechts, Dissertation Kiel, 1966.
- Bogs, Walter: Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, in Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band II, Teil G, Tübingen 1962 (zitiert: Verhandlungen).
- Bogs, Walter: Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherheit und seiner Reform, in Sozialwissenschaftliche Abhandlungen, Heft 3, Berlin 1955 (zitiert: Grundfragen).

Bogs, Walter: Soziale Sicherung, Bericht der Sozialenketen-Kommission, Stuttgart 1966 (zitiert: Soziale Sicherung).

Brackmann, Kurt: Handbuch der Sozialversicherung, Band I, II, III, Loseblattsammlung, Bonn, Bad Godesberg, Stand 1970.

Broede, Friedrich: Die konkrete Betrachtungsweise in der Defensive. Die wirtschaftliche Stagnation als Wegbereiter der abstrakten Betrachtungsweise, in Soz.Vers. 1967, S. 295 ff.

Collmer, Paul: Die persönliche Hilfe, in Neue Wege der Fürsorge, Festschrift für Muthesius, Köln 1960, S. 79 ff.

Cottier, Marius: Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der europäischen Sozialcharta, Dissertation Freiburg (Schweiz), 1967.

Dahlinger, Erich: Die Rechtsstellung des einzelnen nach dem BSHG, in NJW 1962, S. 1129 ff.

Deppe, Günter: Die Beweislast im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß, Dissertation Münster, 1961.

Dersch, Hermann: Die Begriffe Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit in der Neuregelung der gesetzlichen Rentenversicherung, in ZfGR 1958, S. 1 ff.

Dersch-Knoll-Brockhoff-Schiechel-Schroeter-Völcker: RVO Gesamtkommentar, Loseblattsammlung, Wiesbaden, Stand 1971 (zitiert: RVO Gesamtkommentar).

Desch, Volker: Subsidiaritätsprinzip und Sozialhilferecht, Dissertation Würzburg, 1965.

Dilla, Nikolaus: Berufsunfähigkeit - Teilzeitarbeit, in Arb.Vers. 1964, S. 151 f.

- Duntze, Johannes: Der Hilfesuchende als Rechtssubjekt, in Neue Wege der Fürsorge, Festschrift für Muthesius, Köln 1960, S. 67 ff.
- Dürig, Günter: Der Grundsatz von der Menschenwürde, in AöR Bd. 81, S. 117 ff.
- Eckhardt, Ulrich: Die Sozialverwaltung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, in DVB1 1968, S. 866 ff.
- Ehmke, Horst: Anmerkung zum Urteil des BSG vom 28.5.63 - 12/4 Rj 142/61, in SGB 1964, S. 245 f.
- Eicher-Haase: Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten, München 1957.
- Eisenhauer, Kurt: Hilfe zur Arbeit nach dem BSHG, in ZfF 1961, S. 354 ff.
- Engisch, Karl: Vom Weltbild Des Juristen, 2. Auflage, Heidelberg 1965.
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Etmer, Friedrich: Rentenversicherung der Arbeiter, Loseblattkommentar, Band 1, München, Stand 1971.
- Fichtner, Otto: Fürsorge - Versicherung - Versorgung, in ZfSR 1967, S. 385 ff.
- Flamm, Franz: Die Sozialhilfe im System der sozialen Sicherung, in Die Sozialordnung der Gegenwart, Band 8, Berlin 1970.

Forsthoff, Ernst: Rechtsgutachten über die Frage: Hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebung für ein Gesetz, das allen Zivilblinden, ganz gleich, welches Einkommen und Vermögen sie besitzen, ein Pflegegeld in Höhe des Pflegegeldes der Kriegsblinden gewährt, wobei die Auszahlung durch die Landesfürsorgeanstalten oder die Landesfürsorgeverbände erfolgt?  
Heidelberg 1954.

Franz, G.: Welchen Einfluß hat die Entwicklung einer Krankheit zu einem nicht mehr beeinflussbaren Dauerzustand auf den Krankengeldanspruch?, in SGB 1967, S. 155 ff.

Friedrichs, Helmut: Undurchführbares aus der Rechtsprechung des BSG zur Erwerbsunfähigkeit (§ 1247 RVO), in SGB 1965, S. 134 f.

Gercke, Wolfgang: Prävention, Rehabilitation, Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit, München 1961.

Giese, Dieter: Das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung. Eine Darstellung unter Berücksichtigung der Sozialhilfe, in NDV 1968, S. 93 ff.

Glaser, Krischan: Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach Verfassungs- und Naturrecht, Dissertation Berlin, 1965.

Göppel, Helmut: Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art 12 Abs.2, S. 1 des Grundgesetzes, Dissertation München, 1967.

Gottschick-Giese: Das Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 4. Auflage, Köln Berlin Bonn München, 1970.

Grewe, Hellmut: Das Grundrecht der Freiheit von Arbeitszwang gem. Art 12 II GG, Dissertation Hamburg (Maschinenschrift) 1954.

- Gross, Werner: Zum Grundsatz der Sozialstaatlichkeit, in NDV 1963, S. 526 ff.
- Hamann, Andreas: Das Grundgesetz für die BRD vom 23.5.1949, Kommentar, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970.
- Heinze, Helmut: Zur Problematik der Erwerbsunfähigkeit, in SGB 1966, S. 5 ff.
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Karlsruhe 1969.
- Hoernigk-Jorks: Der Wirtschafts-Kommentator, Teil B, Band 5, Frankfurt 1970 .
- Hoffmann, Heinrich: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, in DVBl 1957, S. 603 ff.
- Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963.
- Hülsmann, Paul: Ärztliche Begutachtung der Leistungsfähigkeit von Arbeitssuchenden und Arbeitslosen, Stuttgart 1960.
- Hülsmann, Paul: Erwerbsarbeit in sozialmedizinischer Sicht, Stuttgart 1964.
- Isensee, Josef: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968.
- Jahn, Kurt: Allgemeine Sozialversicherungslehre, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965.
- Jantz-Zweng: Das neue Recht der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten, Stuttgart 1957.

Jehle, Otto: Arbeitsverweigerung und § 25 Abs. 1, Abs. 3 BSHG, in ZfF 1968, S. 228 ff.

Jehle, Otto: Das Einsetzen der Sozialhilfe nach § 5 BSHG, in ZfSH 1966, S. 161 ff.

Jehle, Otto: Das Nachrangprinzip des § 2 BSHG - folgerichtige Durchführung, Auflockerung und Durchbrechung, in ZfSH 1967, S. 340 ff.

Jehle, Otto: Fürsorgerecht, Kommentar, 3. Auflage, München 1958.

Jehle, Otto: Inhalt und Tragweite des § 25 BSHG, in ZfSH 1969, S. 461 ff.

Jehle, Otto: Streiflichter zu rechtzeitiger und rückwirkender Sozialhilfe, in ZfF 1969, S. 173 ff.

Jehle, Otto: Streiflichter zur Tragweite des § 4 BSHG, in ZfSH 1968, S. 173 ff.

Jirasek-Seipp-Schellhorn: Praktische Sozialhilfe, Teil II, Loseblattwerk, Stand Dezember 1971.

Keese, Heinz: Sozialhilferecht, Kommentar, Hannover 1961.

Knoll, Ernst: Erwerbsfähigkeit, in SGB 1957, S. 321 ff.

Knopp-Fichtner: Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1971.

Krasney, Ernst: Zur Beweislast für die Erkrankung „ ohne Verschulden “ im Sinne des § 1 LFZG, in DOK 1971, S. 57 ff.

Krasney, Ernst: Zur Verfassungswidrigkeit des § 26 BSHG, in DÖV 1968, S. 626 ff.

Krüger, Günther: Einschränkungen des Individualprinzips im Bundes-sozialhilfegesetz, Dissertation Würzburg 1965.

Krüger, Herbert: Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, in DÖV 1956, S. 550 ff.

Leipold, Dieter: Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, in Schriften zum Prozeßrecht, Band 4, Berlin 1965.

Lepke, Achim: Der Anspruch auf Beschäftigung, Dissertation Berlin, 1966.

Luber, Franz: Bundessozialhilfegesetz, Loseblatt-Kommentar, München, Stand: 1.9. 1969.

Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957.

Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 17. Auflage, München 1969.

Maunz-Dürig: Grundgesetz, Kommentar, Band 1, München 1970.

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, BT, 4. Auflage, Karlsruhe 1964.

Mergler, O.: Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, Köln 1963.

Mertens, Franz: Die Zulässigkeit von Arbeitszwang und Zwangsarbeit nach dem Grundgesetz und der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten, Dissertation Köln, 1964.

Mertens, Franz: Hilfe zur Arbeit nach dem BSHG, in NDV 1966, S. 42 ff.

Molitor, Erich: Das Wesen des Arbeitsvertrages, in Schriften des Institutes für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, Heft 7, Leipzig 1925.

Muthesius, Hans: Bundesrechtliche Grundlagen der öffentlichen Fürsorgepflicht, 5. Auflage, Köln Berlin 1955.

Neubert, Kurt: Unterstützungspflicht trotz Arbeitsscheu?, in ZfF 1961, S. 195 ff.

Niere, Ulrich: Der Verwaltungsakt im Sozialrecht, Begriff und Funktion, Dissertation Hamburg 1970.

Nipperdey, Hans Carl: Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band 2, Berlin 1954, S. 1 ff.

Noack, Erwin: Das Bundessozialhilfegesetz Bemerkenswertes für Theorie und Praxis, in DVBl 1962, S. 359 ff.

Oestreicher, Ernst: Bundessozialhilfegesetz, Loseblatt-Kommentar, München, Stand 15. August 1970.

Otto, Kurt: Angestelltenversicherungsgesetz, Kommentar, 9. Auflage, Essen, Stand 15.5.1970.

Perl, Alfred: Die Hilfe zur Arbeit im Bundessozialhilfegesetz, in ZfSH 1970, S. 68 ff.

Perl, Alfred: Individualität in der Sozialhilfe, in ZfF 1969, S. 279 f.

Richter, Lutz: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, in Schriften des Institutes für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, Heft 3, Leipzig 1923.

- Rohwer-Kahlmann, Harry: Die Fürsorge, Lückenbüsserin oder umfassende Garantin menschenwürdiger Existenz aus staatsbürgerlicher Solidarität, in ZfSR 1967, S. 1 ff, 88 ff.
- Rosenberg, Leo: Die Beweislast, 5. Auflage, Berlin und München 1965.
- Rupp, Hans Heinrich: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965.
- Rupp, Hans Heinrich: Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung, Gelöste und ungelöste Probleme, 2. Teil, in AöR Band 85, S. 301 ff.
- Sacklowski, Jürgen: Die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Dissertation Köln, 1967.
- Sasse, Hans: Abstrakte oder konkrete Feststellung der Erwerbsfähigkeit in der Rentenversicherung, in SGB 1965, S. 136 ff.
- Scheerer, Reinhard: Zur Kritik des Begriffs der Berufsunfähigkeit, in SGB 1966, S. 33 ff.
- Scheffler, Erna: Die Neuordnung des Fürsorgerechts als Teil einer Sozialreform, in NDV 1958, S. 1 ff.
- Schellhorn-Jirasek-Seipp: Das Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 6. Auflage, Berlin 1970.
- Scherpner, Hans: Theorie der Fürsorge, Göttingen 1962.
- Schmidt-Bleibtreu-Klein: Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, 2. Auflage, Neuwied und Berlin 1969.

Schneble, Horst: Die Flucht in den Erfahrungssatz, in Soz.Sich.  
1968, S. 327.

Schneider, Peter: In Dubio Pro Libertate, in Hundert Jahre Deutsches  
Rechtsleben, Band 2, Karlsruhe 1960, S. 263 ff.

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Zur Frage der Auslegung sozialver-  
sicherungsrechtlicher Vorschriften in Sozialenquete und Sozial-  
recht, Festschrift für Walter Bogs, Wiesbaden 1967.

Schwankhart, Franz: Entsteht der Leistungsanspruch aus einem fest-  
stellenden oder gestaltenden Verwaltungsakt?, in SGB 1962, S. 193 ff.

Schwankhart, Franz: Die Arbeits-, Berufs- und Erwerbsunfähigkeit in  
der Sozialversicherung, in Die Sozialordnung der Gegenwart,  
Band 4, Berlin 1965, S. 18 ff (zitiert: Jahrbuch).

Stein, Ekkehart: Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen 1968.

Steinebach, Klaus: Individuell-persönliche Hilfe als Unterscheidungs-  
merkmal von Sozialversicherung und Sozialhilfe, in ZfSR 1967,  
S. 523 ff.

Strang, Heinz: Erscheinungsformen der Sozialhilfebedürftigkeit,  
Stuttgart 1970.

Thierfelder, Hans: Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zur  
Frage und zu den Konsequenzen der Arbeitsunwilligkeit im  
Sozialhilferecht, in BldW 1968, S. 218 ff.

Tietgen, Walter: Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Ver-  
waltungsprozeß, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristen-  
tages, Band 1, Teil 2 B, München und Berlin 1966.

Töns, Hans: Arbeitsunfähigkeit im Sinne der Krankenversicherung,  
in DOK 1968, S. 347 ff.

Wallraff, Hermann J.: Arbeit, in Staatslexikon Recht, Wirtschaft,  
Gesellschaft, 1. Band, Freiburg 1957, Spalte 396 ff.

Wannagat, Georg: Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1. Band,  
Tübingen 1965.

Winkelvoss, Reimer: Die zeitliche Geltung des Bewilligungsbescheides  
im Sozialhilferecht, in DVBl 1964, S. 619 ff.

Winkler, Andreas: Die Verwirkung des Fürsorgeanspruches bei Verwei-  
gerung zumutbarer Arbeit, in ZfF 1958, S. 194 ff.

Wolff, Hans Joachim: Verwaltungsrecht, Band III, 2. Auflage,  
München und Berlin 1967.

Wolfrum, Liselotte: Die Rechtsstellung des Hilfsbedürftigen im  
deutschen sowie im west- und nordeuropäischen Sozialhilferecht,  
Dissertation Freiburg 1962.

Arbeiterwohlfahrt: Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt zur Verfassungs-  
widrigkeit des § 26 BSHG, in NDV 1970, S. 100 f.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: Gutachten des  
DV vom 18.2.1969, Verpflichtung eines Hilfsbedürftigen zur Dul-  
dung einer Operation, in NDV 1969, S. 144 f.

Ohne Verfasser: Das Deutsche Bundesrecht, Arbeits- und Sozialrecht,  
VF 51 - VH 39, Stand September 1971.

Ohne Verfasser: Informationsbericht Werkstätten für angepaßte Arbei-  
ten in den Niederlanden, in NDV 1970, S. 100 f.

Abkürzungsverzeichnis

|               |                                                                       |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------|
| a.A           | anderer Ansicht                                                       |
| a.a.O.        | am angegebenen Ort                                                    |
| Abs.          | Absatz                                                                |
| a.F.          | alter Fassung                                                         |
| AFG           | Arbeitsförderungsgesetz                                               |
| Alt.          | Alternative                                                           |
| Amtl. Begr.   | Amtliche Begründung                                                   |
| Anh.          | Anhang                                                                |
| Anm.          | Anmerkung                                                             |
| Arch          | Archiv für öffentliches Recht                                         |
| Arb.Vers.     | Die Arbeiterversorgung                                                |
| Art.          | Artikel                                                               |
| Ausf.Vorschr. | Ausführungsvorschriften                                               |
| AVAVG         | Gesetz über Arbeitsvermittlung und<br>Arbeitslosenversicherung        |
| Az.           | Aktenzeichen                                                          |
| BAH           | Bundesamt für Heimatwesen                                             |
| Bay VGH       | Bayerischer Verwaltungsgerichtshof                                    |
| Bd.           | Band                                                                  |
| BldW          | Blätter der Wohlfahrtspflege                                          |
| BRD           | Bundesrepublik Deutschland                                            |
| BSG           | Bundessozialgericht                                                   |
| BSGE          | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des<br>Bundessozialgerichts      |
| BSHG          | Bundessozialhilfegesetz                                               |
| BVerfG        | Bundesverfassungsgericht                                              |
| BVerfGE       | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des<br>Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG        | Bundesverwaltungsgericht                                              |
| BVerwGE       | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des<br>Bundesverwaltungsgerichts |
| bzw.          | beziehungsweise                                                       |

|           |                                                                              |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------|
| d.h.      | das heißt                                                                    |
| Diss.     | Dissertation                                                                 |
| DOK       | Die Ortskrankenkasse                                                         |
| DÖV       | Die öffentliche Verwaltung                                                   |
| DV        | Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge                        |
| DVB1      | Deutsches Verwaltungsblatt                                                   |
| Einf.     | Einführung                                                                   |
| Erl.      | Erläuterung                                                                  |
| ESOVG     | Entscheidungssammlung der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg       |
| ESVGH     | Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes                |
| FEVS      | Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte        |
| Fn.       | Fußnote                                                                      |
| GG        | Grundgesetz                                                                  |
| GS        | Großer Senat                                                                 |
| Hess VGH  | Hessischer Verwaltungsgerichtshof                                            |
| h.M.      | herrschende Meinung                                                          |
| KrOFV     | Verordnung zur Kriegsopferfürsorge                                           |
| LFZG      | Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes im Krankheitsfall           |
| LSG       | Landessozialgericht                                                          |
| LVG       | Landesverwaltungsgericht                                                     |
| m.w.N.    | mit weiteren Nachweisen                                                      |
| NDV       | Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift                                               |
| NRW       | Nordrheinwestfalen                                                           |
| OVG       | Oberverwaltungsgericht                                                       |
| PSH       | Praktische Sozialhilfe                                                       |
| Rdnr.     | Randnummer                                                                   |
| Reg.Entw. | Regierungsentwurf                                                            |

|            |                                                                               |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| RFV        | Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht                                     |
| RGr.       | Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art<br>und Maß der öffentlichen Fürsorge |
| RVO        | Reichsversicherungsordnung                                                    |
| S.         | Seite                                                                         |
| s.         | siehe                                                                         |
| SGb        | Die Sozialgerichtsbarkeit                                                     |
| Soz.Arb.   | Soziale Arbeit                                                                |
| Soz.Sich.  | Soziale Sicherheit                                                            |
| Soz.Vers.  | Die Sozialversicherung                                                        |
| StGB       | Strafgesetzbuch                                                               |
| u.a.       | unter anderem                                                                 |
| Verw.Rspr. | Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland                                      |
| VG         | Verwaltungsgericht                                                            |
| VGH        | Verwaltungsgerichtshof                                                        |
| vgl.       | vergleiche                                                                    |
| VO         | Verordnung                                                                    |
| Vorbem.    | Vorbemerkung                                                                  |
| WK         | Wirtschaftskommentator                                                        |
| WV         | Weimarer Verfassung                                                           |
| z.B.       | zum Beispiel                                                                  |
| ZfF        | Zeitschrift für das Fürsorgewesen                                             |
| ZfS        | Zentralblatt für Sozialversicherung,<br>Sozialhilfe und Versorgung            |
| ZfSH       | Zeitschrift für Sozialhilfe                                                   |
| ZfSR       | Zeitschrift für Sozialreform                                                  |
| ZPO        | Zivilprozeßordnung                                                            |

## EINLEITUNG

Aufgrund der Erfahrung, daß Menschen immer wieder in soziale Notlagen geraten, aus denen sie sich selbst nicht befreien können, sind im Bundessozialhilfegesetz in der Fassung vom 18. September 1969 (1) bestimmte Hilfsmaßnahmen vorgesehen, deren Hauptgruppen die Hilfe zum Lebensunterhalt und die Hilfe in besonderen Lebenslagen sind, § 1 Abs. 1 BSHG. Ehe jedoch aus Mitteln der Allgemeinheit Hilfe zur Bestreitung der Grundbedürfnisse menschlicher Existenz gewährt wird, hat der Hilfesuchende selbst alle Kräfte und Mittel einzusetzen, um seiner Notlage Herr zu werden. Sozialhilfe erhält nämlich unter anderem der nicht, der sich selbst helfen kann, § 2 BSHG. Im Bereich der Hilfe zum Lebensunterhalt wird dieser Grundsatz in den §§ 11 Abs. 1, 18 Abs. 1 BSHG ausdrücklich betont, wobei als Anwendungsfälle der Selbsthilfe vor allem der Einsatz von Einkommen und Vermögen und die Betätigung der Arbeitskraft des Hilfesuchenden angeführt sind.

Während Einkommen und Vermögen in der Rechtsprechung und sozialhilferechtlichen Literatur eine weitgehende begriffliche Klärung gefunden haben, und der Umfang ihres Einsatzes vom Gesetzgeber in den §§ 76 ff, 88 ff BSHG und den dazu ergangenen Verordnungen zur Durchführung des § 76 BSHG vom 28. November 1962 (2) und zur Durchführung des § 88 Abs. 2, Nr. 8 BSHG vom 20. Juli 1962 (3) umfassend geregelt wurde, kann man eine ähnliche Feststellung hinsichtlich des Begriffes der Arbeitskraft des Hilfesuchenden in § 18 Abs. 1 BSHG und deren Einsatzes nicht treffen, zumal das Gesetz selbst auf jede Definition der Arbeitskraft verzichtet (4).

Zwar ist dieser Verzicht ein Zeichen dafür, daß es bei der

---

(1) Bundesgesetzblatt I S. 1688

(2) Bundesgesetzblatt I S. 692

(3) Bundesgesetzblatt I S. 514

(4) vgl. Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S. 206; Mertens S. 208

Beurteilung der Arbeitskraft weitgehend auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles ankommt. Dennoch aber soll in dieser Arbeit versucht werden, den Begriff näher zu definieren und abzugrenzen und zugleich wichtige Konsequenzen für den Einsatz der Arbeitskraft, dessen Umfang und damit für sein Verhältnis zur Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt herauszuarbeiten, da ein solches Vorhaben die ihm gesteckten Grenzen der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles berücksichtigen kann.

Vorab sei allerdings noch folgendes klargestellt:

Im Verlauf der Untersuchung sollen die Begriffe der Arbeitskraft und der Arbeitsfähigkeit als einander identisch verwandt werden. Schon der allgemeine Sprachgebrauch sieht in den Begriffen der Kraft und der Fähigkeit keine wesentlichen Unterschiede, wenn man sie nicht im naturwissenschaftlichen Sinne verstehen will. Auch hat der Gesetzgeber den Begriff der Arbeitskraft wohl deswegen anstelle des der Arbeitsfähigkeit gewählt, weil ersterer sich aus sprachlichen Gründen besser in den Aufbau des Tatbestandes des § 18 Abs. 1 BSHG einfügt. Zudem wird, soweit ersichtlich, in der sozialhilferechtlichen Rechtsprechung und Literatur kein Unterschied zwischen den Begriffen behauptet. Beide werden vielmehr durchgehend als gleichbedeutend und identisch verwandt (5).

---

(5) vgl. Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S.206; Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 2; Mertens S. 208

ERSTER ABSCHNITT: DIE ENTWICKLUNG EINER SOZIALHILFERECHT-  
LICHEN DEFINITION DER ARBEITSKRAFT IN  
§ 18 ABS. 1 BSHG

§ 1 Die Unanwendbarkeit sozialversicherungsrechtlicher  
Begriffe der Reichsversicherungsordnung im  
Sozialhilferecht

Die Suche nach einer Definition der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG führt zunächst zu den sozialversicherungsrechtlichen Begriffen der Arbeitsunfähigkeit in § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO und der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit in §§ 1246 Abs. 2, 1247 Abs. 2 RVO. Ob aus diesen Begriffen etwas für die Arbeitsfähigkeit im Sozialhilferecht gewonnen werden kann, soll anhand des ansonsten vom Wortlaut her gleichen Gegenbegriffs der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsunfähigkeit überprüft werden.

1. Kapitel Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit in  
§ 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO

Für diesen Begriff fehlt es im Gegensatz zur Berufs- und Erwerbsunfähigkeit an einer Legaldefinition, so daß auf die in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden muß. Danach liegt Arbeitsunfähigkeit vor, wenn der Versicherte infolge Krankheit nicht imstande ist - oder doch nur auf die Gefahr, in absehbarer Zeit seinen Zustand zu verschlimmern - , seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit nachzugehen (1).

---

(1) h.M. BSGE 5, S. (283) 288; 19, S. ( 179) 181;  
Wannagat S. 280; Brackmann II S. 390c m.w.N.

Dabei gilt allerdings nicht nur die vorher innegehabte Arbeitsstelle oder die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit als Maßstab (2), sondern es werden auch ähnlich geartete Tätigkeiten in Betracht gezogen, soweit sie der Versicherte nach seinem Gesundheitszustand noch ausüben kann (3), und eine Loslösung vom Betrieb vermieden wird (4).

Entscheidend ist somit die " bisher ausgeübte Tätigkeit ". Arbeitsunfähigkeit und damit die Gewährung von Krankengeld werden aber nicht durch die Möglichkeit verschlossen, einen Erwerb durch den Übergang zu einer anderen Tätigkeit zu erzielen, selbst wenn diese den Kräften und Fähigkeiten des Versicherten entsprechen sollte. Diese Einschränkung wird durch Billigkeit Gesichtspunkte gerechtfertigt. Die meisten Fälle von Erkrankungen liegen wesentlich unter den zeitlichen Höchstgrenzen des § 183 Abs. 2 RVO. Von dem Erkrankten kann also erwartet werden, daß er in absehbarer Zeit seine alte Arbeit wiederaufnimmt. Dann ist es regelmäßig sinnlos, von ihm die Umstellung auf eine ungewohnte Arbeit zu verlangen, die zudem nicht unerhebliche Schäden für sein künftiges Berufsleben verursachen kann, wenn z.B. ein Feinmechaniker auf schwere Körperarbeit verwiesen wird (5).

Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO liegt nicht nur dann vor, wenn die sie auslösende Krankheit sich als ein nur vorübergehender, behebbarer, regelwidriger Zustand des Versicherten darstellt. Die Annahme von Arbeitsunfähigkeit ist nicht ausgeschlossen, soweit es sich bei der Krankheit um einen Dauerzustand handelt, etwa wenn der Versi-

---

(2) wohl zu eng Töns DOK 1968, S. 352

(3) BSGE 26, S. (288) 290

(4) vgl. Knoll SGB 1957, S. 321; Wannagat S. 280

(5) Knoll SGB 1957, S. 321

cherte keiner ärztlichen Behandlung mehr bedarf oder zugänglich ist, was bei einer unbehebaren, keine Beschwerden verursachenden Körperverletzung der Fall sein kann (6).

Dagegen werden allerdings teilweise Bedenken erhoben (7). Wesen und Risiko der Krankenversicherung erstreckten sich nur auf vorübergehende, regelwidrige Zustände. Daher setze jede Krankheit im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung Behandlungsbedürftigkeit und -möglichkeit voraus, wobei letztere aber auch in einer bloßen Linderung des Krankheitszustandes bestehen könne. Wo diese Merkmale fehlten, sei der Versicherte nicht krank und könne somit auch keine Ansprüche haben.

Krankheit im Sinne des § 182 RVO ist aber ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder zugleich oder ausschließlich Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (8). Es genügt also, wenn zu dem regelwidrigen Zustand alternativ das Bedürfnis nach Behandlung oder Arbeitsunfähigkeit hinzutritt. Letztere ist wie die Behandlungsbedürftigkeit eine der Erscheinungsformen der Krankheit (9).

Somit ist auch bei einem regelwidrigen Dauerzustand der rechtliche Tatbestand einer Krankheit gegeben, und die Annahme von Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO nicht ausgeschlossen. (10).

---

(6) h.M. BSGE 26, S. (288) 289; LSG Hamburg SGB 1966, S. 328; Brackmann II S. 390f

(7) Aye SGB 1966, S. 332; SGB 1968, S. 371; Schnorr v. Carolsfeld kritisch, S. 168, Fn. 30

(8) h.M. BSGE 13, S. (134) 136; 26, S. (288) 289; Brackmann II S. 384a; Wannagat S. 253; vgl. auch Töns DOK 1968, S. 351

(9) BSGE 18, S. (122) 125; Schwankhart (Jahrbuch) S. 22

(10) Franz SGB 1967, S. 156

## 2. Kapitel Die Arbeitsunfähigkeit als spezieller krankenversicherungsrechtlicher Begriff

Die eben dargestellte Definition der Arbeitsunfähigkeit in § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO wird entscheidend durch die Aufgabe und Funktion des Krankengeldes in der gesetzlichen Krankenversicherung geprägt. Dieses soll einmal dem Ersatz von Lohnausfällen dienen, wie sie infolge von Krankheiten auftreten (11). Zudem übte der Versicherte die letzte Erwerbstätigkeit regelmäßig auch als Beruf aus. Er wird also durch das Krankengeld in die Lage versetzt, nach seiner Genesung wieder in seinem alten Beruf zu arbeiten. Somit dient das Krankengeld auch der Berufserhaltung für den Versicherten. Schließlich wird durch den grundsätzlichen Wegfall der Möglichkeit einer Aussteuerung (12) und die Erweiterung der Leistungsdauer auf 78 Wochen ( § 183 Abs. 2 RVO ) das Krankengeld zwar nicht zu einer eigentlichen Dauerleistung, kommt aber mindestens einer Zeitrente nahe (13), womit es, insbesondere bei dauernder Arbeitsunfähigkeit, den Charakter eines Überbrückungs- oder Übergangsgeldes hat. Das wiederum entspricht allein dem Zweck der gesetzlichen Krankenversicherung, nämlich den Versicherten in seiner letzten Erwerbstätigkeit zu schützen (14).

Daran zeigt sich aber, daß die Arbeitsunfähigkeit, so wie sie in Rechtsprechung und Literatur verstanden wird, als spezieller krankenversicherungsrechtlicher Begriff erfaßt werden muß. Aufgabe und Risiko der gesetzlichen Krankenkassen prägen entscheidend seine Auslegung (15). Das aber führt dazu, daß

---

(11) Schwankhart (Jahrbuch) S.22

(12) RVO Gesamtkommentar § 183, 3

(13) BSGE 26, S. (288) 290

(14) vgl. Brackmann II, S. 390d; Bogs (Soziale Sicherung) Nr. 163; Töns DOK 1968, S. 347

(15) vgl. Schnorr v. Carolsfeld S. 161

die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Versicherungsfalles der Krankheit in § 182 RVO, zu denen die Arbeitsunfähigkeit gehört, trotz insoweit gleicher Terminologie in ihrer Aussage und ihrem Verständnis im Rahmen der Krankenversicherung grundsätzlich nicht ohne genaue Prüfung in den anderen Versicherungszweigen der RVO Anwendung finden können (16).

Diese decken wiederum andere, spezielle und mit denen der Krankenversicherung nicht identische Risiken ab, so daß die dort den Versicherungsfall bildenden Tatbestandsmerkmale grundsätzlich eine diesen Risiken entsprechende Auslegung finden müssen.

So bietet die gesetzliche Unfallversicherung ihren Versicherten Schutz davor, ihre im Falle eines Arbeitsunfalles oder einer Berufskrankheit vielfach nur bei einem Verschulden des Arbeitgebers bestehenden Schadensersatzansprüche unter Tragung der Beweislast einzuklagen und das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers auf sich zu nehmen (17). Dem entspricht zugleich ein Schutz der Unternehmer ( § 636 RVO ) und der Mitarbeiter des verunglückten Arbeitnehmers (§637 RVO) gegen Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verursachung eines Arbeitsunfalles. Ihre Haftung ist auf Vorsatz und Teilnahme am allgemeinen Verkehr beschränkt. Die Unfallversicherung hat somit den Charakter einer öffentlichen Haftpflichtversicherung der Unternehmer, die deshalb auch allein die Beiträge aufzubringen haben (18).

Die Rentenversicherung deckt hauptsächlich die Risiken von Alter und Invalidität (19). Nach dem Ausscheiden aus dem

---

(16) vgl. Schwankhart SGB 1962, S. 194; Niere S. 78; Schnorr v. Carolsfeld S. 161

(17) RVO Gesamtkommentar Vorbemerkung z. 3. Buch der RVO, S. 3,4; Brackmann II S. 469

(18) Bogs (Soziale Sicherung) Nr. 159; Wannagat S. 28, Fn. 65

(19) Bogs (Soziale Sicherung) Nr. 474

Arbeitsleben sollen Arbeiter und Angestellte nicht nur vor sozialer Not infolge mangelnder Arbeit und fehlenden Arbeitsverdienstes bewahrt, sondern ihnen auch ihre individuelle ökonomische Situation im Durchschnitt ihres Arbeitslebens erhalten werden. Somit erspart ihnen die Rente einen sozialen Abstieg (20). Mit dieser Aufgabe steht das Bemühen in engem Zusammenhang, den arbeitenden Menschen solange und soweit wie möglich als vollwertiges Glied der arbeitenden Gemeinschaft zu erhalten, weswegen den Rehabilitationsmaßnahmen entscheidendes Gewicht beigemessen wird (21).

Den hier vertretenen Standpunkt teilt grundsätzlich auch das Bundessozialgericht. So hat der 5. Senat des BSG den Begriff der Arbeitsunfähigkeit in § 1259 Abs. 1, Nr. 1 RVO aufgrund seiner Stellung im Recht der Rentenversicherung und unter Hinweis auf die verschiedenen Ziele der Renten- und Krankenversicherung entgegen der Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit in § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO als nur dann vorliegend angesehen, wenn der Versicherte nicht in der Lage war, die unmittelbar vor der Erkrankung ausgeübte Tätigkeit oder eine im Sinne der jeweils geltenden Rentenversicherungsvorschriften zumutbare andere Tätigkeit auszuüben. Daß er sich damit allerdings im Widerspruch (22) mit der bis dahin vertretenen Auffassung des 4. Senates (23) und der herrschenden Meinung (24) befindet, die die in § 1259 RVO erwähnte Arbeitsunfähigkeit als eine in dem zu § 182 RVO entwickelten und für § 1259 RVO zu übernehmenden Sinne verstehen, ist ein Problem, auf das in diesem

---

(20) Jantz-Zweng Einführung, S. 2

(21) Jantz-Zweng Einführung, S. 3

(22) BSGE 29, S. (77) 79

(23) BSGE 25, S. (16) 18

(24) Vgl. Jantz-Zweng § 1259 II, 1a; RVO Gesamtkommentar §1259 Anm. 2; Eicher-Haase § 1259, 5; Wirtschafts-kommentator Teil B, Bd. 5, § 1259, 4; Brackmann III S. 700f, III; Schwankhart (Jahrbuch) S. 21; Etmer § 1259, Erl. 3; Otto S. 148/8

Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden kann, da hierdurch allenfalls das Ergebnis, nicht aber der vom 5. Senat eingeschlagene, grundsätzliche Weg, um den es hier geht, zweifelhaft wird.

### 3. Kapitel Die Arbeitsunfähigkeit als spezieller sozialversicherungsrechtlicher Begriff

Ist somit schon die Übernahme der Arbeitsunfähigkeit des § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO und damit der speziellen krankenversicherungsrechtlichen Begriffe in andere Versicherungszweige zweifelhaft und nicht ohne genaue Prüfung möglich, muß der Versuch einer Übernahme solcher sozialversicherungsrechtlicher Begriffe in das Sozialhilferecht unmöglich erscheinen. Das ergibt sich aus den erheblichen Unterschieden in den Aufgaben und Grundsätzen beider Rechtsgebiete (25). Zwar haben Sozialversicherung und Sozialhilfe in ihrem jeweiligen Leistungsrecht vielfach Mischformen entwickelt. Dennoch ist eine klare Trennung den maßgeblichen Strukturen nach möglich und erforderlich (26).

#### I Die Aufgaben und die Grundsätze der Sozialversicherung

Die Sozialversicherung beruht auf der Erfahrung, daß der einzelne Mensch unausweichlich bestimmten Risiken, Krankheit,

---

(25) zur verfassungsrechtlichen Grundlegung von Sozialhilfe und Sozialversicherung vgl. Rohwer-Kahlmann ZfSR 1967, S. 1 ff, 88 ff; vgl. auch Fichtner ZfSR 1967, S. 386

(26) vgl. Flamm S. 100; Bogs (Soziale Sicherung) Nr. 139; Wolfrum S. 31; Brackmann I S. 80d

Unfall, Invalidität und Alter, ausgesetzt ist. Eine individuelle Vorsorge für diese Risiken ist entweder nicht möglich oder jedenfalls oft nicht unbedingt gesichert. Der Einzelne kann sein eigenes Risiko nur schwer oder garnicht abschätzen (27). Das Versicherungsprinzip, das heißt, der Zusammenschluß der mit diesen gleichartigen Risiken Behafteten zu einer Gefahrengemeinschaft, macht das Versicherungsrisiko generell schätzbar und durch die Bildung eines Ausgleichfonds (28), der grundsätzlich aus den Beiträgen der Versicherten gespeist wird, abdeckbar, wobei das Beitragssystem die soziale Lage der Versicherten berücksichtigt, mithin ein auf die Solidarität der Versicherten gestützter Ausgleich stattfindet (29).

Aufgabe der Sozialversicherung ist somit die Übernahme und Abdeckung bestimmter gleichartiger Risiken gegen Zahlung eines Beitrages. Zentraler Gegenstand der Sozialversicherung wird damit der Versicherungs-Fall, d.h., die Verwirklichung des versicherten Risikos beim Einzelnen. Letzterer tritt gegenüber dem Versicherungsfall in den Hintergrund. Eine Beziehung zwischen ihm und der die Leistungen verteilenden Anstalt wird nur insoweit nötig, als am „ Leistungsempfänger " (30) die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Leistung überprüft werden müssen (31). Dieses Zurücktreten des Versicherten hinter den Versicherungsfall beruht letztlich auf der Annahme, der Versicherte sei regelmäßig, ohne die zu versichernden Zwischenfälle, in der Lage, sich wirtschaftlich selbständig zu erhalten und sein Leben zu gestalten. Insoweit hat die Sozialversicherung es also mit dem „ Normal-

---

(27) Jahn S. 38,39

(28) Bogs (Grundfragen) S. 16

(29) Bogs (Grundfragen) S. 26,30; Bogs (Verhandlungen) S. 14; Wolfrum S. 31

(30) Collmer S. 82,83; Steinebach ZfSR 1967, S. 528

(31) Scherpner S. 188

fall " (32) zu tun. Daraus ergeben sich für das Versicherungsverhältnis folgende Grundsätze:

- a. Der Versicherungsfall kann typisiert und abstrakt gefaßt werden (33).
- b. Dem Versicherten kann ein Rechtsanspruch gegen den Versicherer dem Grunde und der Höhe nach eingeräumt werden (34).
- c. Schwerpunkt der Leistungen wird die materielle Leistung zum Ausgleich des Schadens (35).
- d. Eine Prüfung der Bedürftigkeit, des konkret eingetretenen Vermögensbedarfs oder der sonstigen Lage des Versicherten scheidet aus. Alter, Krankheit, Unfall und Invalidität sind isolierte Tatbestände (36).

## II Die Aufgaben und die Grundsätze der Sozialhilfe

Der obengenannte " Normalfall " ist nicht Gegenstand der Sozialhilfe. Sie befaßt sich vielmehr mit Menschen, die mit den Anforderungen ihrer sozialen und gesellschaftlichen Situation nicht fertig werden oder fertig zu werden drohen (37), wobei diese gesellschaftliche und soziale Ausrichtung die Sozial-

---

(32) Scherpner S. 187

(33) Wannagat S. 31; Bogs (Grundfragen) S. 22

(34) Bogs (Grundfragen) S. 20

(35) Bogs (Soziale Sicherung) Nr. 149

(36) Collmer S. 82,83; Wannagat S. 32;

Scherpner S. 187; Steinebach ZfSR 1967, S. 528

(37) Scherpner S. 189; Collmer S. 83

hilfe von anderen Formen der Lebenshilfe, etwa der therapeutischen und seelsorgerischen, unterscheidet (38).

Diese Unfähigkeit zur Gestaltung des eigenen Lebensbereiches kann auf den verschiedensten Faktoren beruhen, z.B. auf Körperbehinderung, Minderbegabung, Halbalphabetentum, fehlender Berufsqualifikation, Unwirtschaftlichkeit, Asozialität, hohem Alter, Heimatvertreibung, Flucht, Scheidung, Desertion des Ernährers, unzureichender Sozialrente, Isolation, Bindungslosigkeit, Kinderreichtum, unehelicher Mutterschaft, Milieudetermination, Arbeitsscheu, Energielosigkeit und anderem mehr (39).

Diese Faktoren können wiederum, allein oder kombiniert, eine Vielzahl von Einstellungs- und Verhaltensweisen und Wertmustern auslösen. Sie können z.B. führen zu Pessimismus, Resignation, Apathie, Fatalismus, Mißtrauen, Egoismus, Egozentrizität, Distanzierung, geistiger Unbeweglichkeit, wenig differenziertem Rollenrepertoire, Zustandsanpassung, Gegenwartsbefangenheit, romantischer Rückwärtsgewandtheit, Verzicht auf Zukunftsplanung, Schwächegefühlen, Affektivität oder Aggressivität (40).

Um die Wiederbefähigung dieser Menschengruppe zur eigenen Verantwortung und zur sozialen und gesellschaftlichen Integration zu erreichen (41), muß die Sozialhilfe die jeweils vorliegenden Faktoren und Verhaltensweisen genau erforschen. Damit aber rückt der einzelne Mensch in seiner konkreten Not-

---

(38) vgl. Collmer S. 87,88

(39) vgl. die Analyse bei Strang S. 75,76; 93 ff; 162

(40) vgl. Strang, insbesondere S. 160, 161, 162

(41) Scheffler NDV 1958, S. 2 f; Collmer S. 83

situation in den Mittelpunkt sozialhilferechtlicher Arbeit  
(42). Daraus folgt für das Sozialhilfeverhältnis:

- a. Eine schematische Gewährung von Sozialhilfe kann den individuellen Notständen nicht gerecht werden. Erforderlich sind individuell gestaltete Erforschung des Einzelfalles und individuelle Leistungsgewährung (43).
- b. Die Erfassung aller denkbaren wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Notlagen und die individuelle Leistungsgewährung bedingen einen Rechtsanspruch nur dem Grunde nach (44).
- c. Jede materielle Leistung hat lediglich den Charakter eines Hilfsmittels. Entscheidendes Gewicht kommt der Sozialhilfe in Form der persönlichen Hilfe zu (45).
- d. Nur die tatsächlich mit ihrem Dasein nicht fertig werdenden Menschen können Sozialhilfe erhalten. Daher ist eine genaue Bedarfsprüfung erforderlich (46).

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß der Begriff der Arbeitsunfähigkeit in § 182 Abs. 1, Nr. 2 RVO in seiner Stellung im Krankenversicherungsrecht und im Sozialversicherungs-

---

(42) BVerwG ZfSH 1971, S. 22; BVerwGE 25, S. (36) 38;

BVerwGE 25, S. (23) 27; Jehle ZfSH 1968, S. 183;

Jehle ZfSH 1966, S. 163; Wolfrum S. 29; Duntze S. 71

(43) s. § 1 Abs. 2, S. 1; § 3 Abs. 1; § 7 BSHG; vgl. auch Perl ZfF 1969, S. 279

(44) s. § 4 Abs. 1; § 4 Abs. 2 BSHG

(45) s. § 8 BSHG; vgl. auch Schellhorn-Jirasek-Seipp § 8 III, 1,a; Flamm S. 104; BVerwGE 25, S. (23) 27; 25, S. (36) 38

(46) s. § 2 BSHG; Jehle ZfSH 1967, S. 344; Gottschick-Giese § 2 Anm. 2; Desch S. 31; Wolfrum S. 49

recht, von woher er in seiner Bedeutung verstanden werden muß, in das Rechtsgebiet der Sozialhilfe grundsätzlich nicht übernommen werden kann. Der gleiche Gedankengang führt zu dem Schluß, daß sich auch die speziellen rentenversicherungsrechtlichen Begriffe der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit, §§ 1246 Abs. 2, 1247 Abs. 2 RVO, nicht für eine Übernahme in das Sozialhilferecht eignen, und daher aus ihnen grundsätzlich nichts für den Begriff der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG gewonnen werden kann. (47).

## § 2 Die Entwicklung einer sozialhilferechtlichen Definition der Arbeitsfähigkeit

Die eben aufgezeigten Bedenken gegen eine Übernahme sozialversicherungsrechtlicher Begriffe lassen den Versuch gerechtfertigt erscheinen, eine eigene sozialhilferechtliche Definition der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG zu entwickeln. Dabei soll zunächst von zwei Begriffen des allgemeinen Rechts ausgegangen und dann ermittelt werden, inwieweit aus dem einen oder anderen Begriff etwas für die Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG gewonnen werden kann.

### 1. Kapitel Die Arbeitsfähigkeit und die Erwerbsfähigkeit im allgemeinrechtlichen Sinne

In Betracht kommt einmal die Fähigkeit zur Arbeit oder die

---

(47) vgl. Schellhorn-Jirasek<sup>4</sup>Seipp § 18 III, 1,c; Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S. 207; Mertens NDV 1966, S. 43; Jehle ZfSH 1969, S. 461; Eisenhauer ZfF 1961, S. 354; a.A. wohl Gottschick-Giese § 18 Anm. 4,a; Albers S. 80

Arbeitsfähigkeit im allgemeinrechtlichen Sinne. Die hierzu angebotenen Definitionen gehen zwar zum Teil terminologisch auseinander, stimmen aber in ihrer materiellen Aussage weitgehend überein. Danach wird unter Arbeitsfähigkeit die Fähigkeit zur Aufwendung von Mühe zur Erreichung eines vernünftigen, sittlichen und erlaubten Zweckes verstanden (48), oder anders formuliert, die Fähigkeit zu bewußt gewollter und planmäßig durchgeführter Tätigkeit des Menschen, die vornehmlich auf Werte zielt, welche nicht bereits im Erleben dieses Tuns als solchem gegeben sind (49).

Dagegen würde Grewe allerdings zu einer etwas weiteren Definition gelangen. Er versteht unter Arbeit im allgemeinrechtlichen Sinne jede menschliche Kraftäußerung, die für die Gemeinschaft von irgendwelcher Bedeutung ist (50) (51), und würde daher zu einer entsprechenden Formulierung für die Arbeitsfähigkeit gelangen. Der wesentliche Unterschied zur ersten Definition läge vor allem darin, daß die zweite auch die Fähigkeit zu sozialschädlicher Arbeit - etwa der Tätigkeit einer Verbrecherbande (52) - mitumfaßte. Derartige Tätigkeiten können aber ihrer Natur nach nicht Gegenstand sozialhilferechtlicher Pflichten eines Hilfesuchenden sein. Somit kann der genannte Unterschied außer Betracht bleiben.

Zu einem wesentlich anderen Verständnis des Begriffes käme allerdings Richter. Er versucht, Arbeit im rechtlichen Sinne

---

(48) Brackmann III S. 672c

(49) vgl. Wallraff Staatslexikon, Spalte 396 ;  
ähnlich auch Der Große Brockhaus, Bd. 1 (1953):  
" Fähigkeit zu planmäßiger Betätigung der körperlichen  
und geistigen Kräfte, die im Unterschied zum Spiel  
einen überdauernden Ertrag zum Ziel hat "

(50) Grewe S. 52

(51) sich im wesentlichen anschließend Göppel S. 66 ff;  
Mertens S. 47

(52) vgl. Mertens S. 47

aus dem physikalischen Begriff der Arbeit zu entwickeln (53). Dem ist aber vor allem mit Engisch (54) entschieden zu widersprechen. Das Recht befaßt sich nicht mit den Erscheinungen der Natur, sondern mit denen des sozialen Lebens (55). Daher muß auch die Arbeit als ein besonders geartetes soziales Verhalten begriffen werden. Folglich kann nicht an den naturwissenschaftlichen, sondern nur an den natürlich-alltäglichen Begriff der Arbeit angeknüpft werden (56).

Somit kann von der obigen Definition der Arbeitsfähigkeit als Fähigkeit zur Aufwendung von Mühe zur Erreichung eines vernünftigen, sittlichen und erlaubten Zweckes ausgegangen werden.

Demgegenüber steht der Begriff der Fähigkeit zum Erwerb oder der Erwerbsfähigkeit im allgemeinrechtlichen Sinne. Hierunter wird allgemein die Fähigkeit verstanden, durch Arbeit einen Erwerb zu finden und seinen Lebensunterhalt selbst zu verdienen (57) (58). Allerdings handelt es sich nicht um einen echten Gegensatz zur Arbeitsfähigkeit im allgemeinrechtlichen Sinne, sondern nur um eine Verengung in einer bestimmten Richtung. Erwerbsfähigkeit kann nicht vorliegen, wenn es an der Arbeitsfähigkeit fehlt. Sie kann aber ausgeschlossen oder eingeschränkt sein, weil es trotz vorhandener Arbeitsfähigkeit an der Verwertbarkeit der noch möglichen Arbeit zum Erwerb fehlt (59).

---

(53) Richter S. 5 ff

(54) Engisch S. 42

(55) Hueck-Nipperdey S. 36, Fn. 7

(56) Molitor S. 5

(57) Brackmann III S. 672c

(58) vgl. auch BSGE 30, S. (167) 172 ff, 195; Dersch ZfSR 1957, S. 7 ff; Hülsmann S. 20

(59) Brackmann III S. 672c

## 2. Kapitel Die Übernahme des Begriffes der Erwerbsfähigkeit im allgemeinrechtlichen Sinne in das Bundes- sozialhilfegesetz

Inwieweit nun der eine oder der andere Begriff für eine Definition der Arbeitsfähigkeit im Sozialhilferecht in Frage kommt, muß sich aus dem BSHG selbst ergeben.

Nach § 18 Abs. 1 BSHG muß der Hilfesuchende seine Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhaltes einsetzen. Der Lebensunterhalt umfaßt die ständig vorhandenen oder mit gewisser Regelmäßigkeit wiederkehrenden Grundbedürfnisse des Menschen (60). Diese haben zum Teil (61) in den §§ 12 ff BSHG eine Regelung gefunden. Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Hausrat und Heizung sind nur gesichert, wenn genügend Geld- oder Sachmittel vorhanden sind. Falls Einkommen und Vermögen fehlen, und auch gesetzliche oder freiwillige Leistungen Dritter ausbleiben, können die Mittel nur durch eine Erwerbsarbeit beschafft werden. Erwerbsarbeit setzt aber Erwerbsfähigkeit voraus, so daß die Arbeitsfähigkeit im Sinne einer Erwerbsfähigkeit verstanden werden muß.

Dafür sprechen auch die §§ 11 Abs. 1, 25 Abs.2, Nr. 3 BSHG.

Durch das Abstellen auf die eigenen Kräfte wird auch in § 11 Abs. 1 BSHG der Einsatz der Arbeitskraft vom Hilfesuchenden gefordert (62). Damit steht der Einsatz der Arbeitskraft systematisch neben den Hauptmitteln der Bedarfsdeckung, Einkommen und Vermögen. Diese Stellung läßt den Schluß zu,

---

(60) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 12 III, 1,a

(61) Knopp-Fichtner § 12 Rdnr. 2; Gottschick-Giese § 12 Anm.1

(62) Keese § 11, 3; Luber § 11 II, 1,a; Knopp-Fichtner  
§ 11 Rdnr. 19; Gottschick-Giese § 11 Anm. 7

daß der Zweck der Anforderung der Arbeitskraft gerade darin besteht, Einkommen und Vermögen zu erzielen.

Nach § 25 Abs. 2, Nr. 3 BSHG kann die Hilfe bis auf das zum Lebensunterhalt Unerläßliche eingeschränkt werden, wenn der Hilfesuchende sich ohne wichtigen Grund weigert, an einer Maßnahme zur beruflichen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung teilzunehmen. Solche Maßnahmen können vom Träger der Sozialhilfe selbst im Rahmen der Ausbildungshilfe nach den §§ 31 ff BSHG oder der Eingliederungshilfe nach den §§ 39, 40 Abs. 1, Nr. 3-5 BSHG; §§ 12, 13 Eingliederungshilfe-VO (63) durchgeführt, jedoch auch von anderen Trägern, etwa der Bundesanstalt für Arbeit nach §§ 33 ff AFG, angeboten werden (64).

Die Konsequenzen aus einer Weigerung des Hilfesuchenden, an einer solchen Maßnahme teilzunehmen, weisen erhebliche Unterschiede zu den Folgen auf, die sich aus einer Weigerung ergeben, die Arbeitskraft zu zumutbarer Arbeit einzusetzen. Hier allein entfällt nach § 25 Abs. 1 BSHG der Anspruch des Hilfesuchenden auf Hilfe, gleichwohl es sich auch bei Ausbildung, Fortbildung und Umschulung um Arbeit im allgemeinrechtlichen Sinne (65) handelt. Dennoch ist die unterschiedliche Regelung sachlich gerechtfertigt. Maßnahmen der Ausbildungs- und Eingliederungshilfe sind gerade für diejenigen bestimmt, die etwa infolge einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung die Fähigkeit nicht oder nicht mehr haben, durch Einsatz ihrer Arbeitskraft sich einen Erwerb zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes zu verschaffen (66), wäh-

---

(63) vom 27.5.1964; Bundesgesetzblatt I S. 339

(64) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 25 III, 5,d

(65) Engisch S. 43; Göppel S. 70

(66) vgl. Mergler §25 Erl. 4; Lubert § 41 II, 1,b;  
Gottschick-Giese § 33 Anm. 3,a; Schellhorn-  
Jirasek-Seipp § 33 III, 2,b

rend § 25 Abs. 1 BSHG diese Fähigkeit zum Erwerb der Mittel für den Lebensunterhalt, also eine Erwerbsfähigkeit gerade voraussetzt. Unter diesen Umständen erscheint es sinnvoll und richtig, in den Fällen des § 25 Abs. 2, Nr. 3 BSHG die Hilfe nicht ganz zu entziehen, sondern dem Träger der Sozialhilfe nur die Möglichkeit einzuräumen, die Hilfe zu beschränken (67).

Somit läßt sich für den Begriff der Arbeitsfähigkeit eine erste Definition geben. Danach ist Arbeitskraft die Fähigkeit zu einer Tätigkeit, die nach ihrer Art Inhalt und Gegenstand einer erwerbsmäßigen Betätigung ist.

Ob Literatur und Rechtsprechung ebenfalls zu diesem Ergebnis gelangen, ist nicht ganz deutlich. Teilweise werden die Begriffe Arbeitsfähigkeit und Erwerbsfähigkeit aber gleichbedeutend verwandt (68), andere sprechen in diesem Zusammenhang immerhin von Erwerbsarbeit, von Erwerbstätigkeit (69) oder entlohnter Arbeit (70) (71).

- 
- (67) Überlegenswert erscheint, ob nicht die in § 25 Abs. 2 BSHG gezogene Grenze der Einschränkung der Hilfe auch für die Fälle gelten soll, in denen sich der Hilfesuchende weigert, sich einer Operation oder anderen Heilmaßnahmen zur Herstellung oder Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit zu unterziehen. Es liegt hier insofern die gleiche Situation wie in § 25 Abs. 2, Nr. 3 BSHG vor, als auch hier der Betreffende durch die Maßnahmen erst in die Lage versetzt werden soll, sich durch Arbeit den Lebensunterhalt selbst zu verdienen. Nach altem Recht wurde etwa die Verweigerung einer Kurmaßnahme als unwirtschaftliches Verhalten nach § 13 RGr. gewertet (vgl. OVG Lüneburg ESOVG Bd. 5, S. 390, 391; Jehle ZfSH 1969, S. 468). Zum Rechtsgrund und zulässigen Umfang solcher Maßnahmen vgl. EVerwG NDV 1968, S. 332 f; OVG Lüneburg Verw. Rspr. Bd. 20, Nr. 201, S. (750) 753; Gutachten des DV in NDV 1969, S. 144; Gottschick-Giese § 1 Anm. 7; Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 3
- (68) Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 3
- (69) EVerwG NDV 1968, S. 137; Schellhorn-Jirasek<sup>4</sup>Seipp § 18 III, 3,d; Gottschick-Giese § 18 Anm. 4,d
- (70) Mertens NDV 1966, S. 42; Jehle § 19 RFV Anm. 2
- (71) Undeutlich ist allerdings Desch (S. 122), der etwa im Rahmen der §§ 32 Abs. 1, Nr. 2, 32 Abs. 3 BSHG vom Einsatz der Arbeitskraft des Hilfesuchenden spricht.

### 3. Kapitel Die Auswirkungen auf die Tatbestände der §§ 19 und 20 BSHG

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung hat nicht unerhebliche Auswirkungen auf die Tatbestände der §§ 19 und 20 BSHG. Um dies deutlicher zu machen, muß aber zunächst das Verhältnis geklärt werden, in dem § 18 BSHG einerseits zu den §§ 19 und 20 BSHG andererseits steht.

#### I Das Verhältnis des § 18 BSHG zu den §§ 19 und 20 BSHG

Die §§ 19 und 20 BSHG knüpfen im Unterabschnitt 2 der Hilfe zur Arbeit im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt unmittelbar an die Pflicht des Hilfesuchenden zur Beschaffung des Lebensunterhaltes durch eigene Arbeit an. Schon diese systematische Stellung zeigt die enge Verbindung zwischen den einzelnen Tatbeständen. Zudem enthält nur § 18 Abs. 1 BSHG die Pflicht zum Einsatz der Arbeitskraft; § 19 BSHG trifft hingegen eine Regelung für besondere Arbeitsgelegenheiten, etwa für gemeinnützige und zusätzliche Arbeiten; § 20 BSHG ermöglicht, Arbeitsentwöhnten oder solchen Hilfesuchenden, deren Arbeitsbereitschaft zweifelhaft ist, besondere Tätigkeiten anzubieten, die ihrer Lage Rechnung tragen. Die §§ 19 und 20 BSHG setzen also, wenn sie nicht unverständlich bleiben sollen, die grundsätzliche Verpflichtung des Hilfesuchenden zum Einsatz seiner Arbeitskraft nach § 18 Abs. 1 BSHG voraus (72).

§ 18 Abs. 3 BSHG führt eine Reihe von Gründen auf, deren Vor-

---

(72) vgl. auch Jehle ZfSH 1967, S. 344

liegen dem Hilfesuchenden erlaubt, eine Arbeit abzulehnen, ohne daß daran negative Folgen geknüpft werden können. Die aufgeführten Gründe können aber nicht nur jeder normalen, sondern auch Arbeiten im Rahmen des § 19 BSHG entgegenstehen. Somit muß § 18 Abs. 3 BSHG auch im Rahmen des § 19 BSHG Anwendung finden (73). Dieser Gedanke muß aber auch für § 20 BSHG Geltung haben. Es wäre in der Tat sinnlos, etwa einer arbeitsentwöhnten Frau eine Tätigkeit nach § 20 BSHG zuzumuten, wenn dadurch die geordnete Erziehung ihrer Kinder gefährdet würde, und die Betreffende gerade aus diesem Grund schon jede normale Arbeit ablehnen könnte. § 18 Abs. 3 BSHG hat daher auch im Rahmen des § 20 BSHG Geltung.

§ 25 Abs. 1 BSHG regelt die Folgen der Verweigerung zumutbarer Arbeit. Unter Arbeit werden hier zunächst sicher normale Arbeiten im Rahmen des § 18 BSHG zu verstehen sein. Wenn aber die Verweigerung normaler Arbeit den Wegfall des Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt rechtfertigt, ist kein Grund ersichtlich, diese Folge nicht auch bei der Weigerung, etwa gemeinnützige Arbeiten zu verrichten, eintreten zu lassen (74). Somit muß § 25 Abs. 1 BSHG auch bei Arbeitsverweigerung im Bereich des § 19 BSHG Anwendung finden (75). Dieselbe Überlegung gilt aber auch bei einer Verweigerung von Tätigkeiten nach § 20 BSHG. Wäre § 25 Abs. 1 BSHG nicht anwendbar, könnten solche Tätigkeiten ohne nachteilige Folgen für den Hilfesuchenden abgelehnt werden (76). § 25 Abs. 1 BSHG regelt also einheitlich die Folgen einer Verweigerung von Tätigkeiten nach den §§ 18, 19 und 20 BSHG. Das aber hat wiederum zur Voraussetzung, daß durch die Ablehnung auch von Tätigkeiten nach den §§ 19 und 20 BSHG eine Pflicht des Hilfesuchenden

---

(73) Knopp-Fichtner § 19 Rdnr. 2; Mertens S. 182;  
Eisenhauer ZfF 1961, S. 355; vgl. auch Jehle ZfSH 1967,  
S. 344

(74) Mertens S. 198; Albers S. 97, 98

(75) Mertens NDV 1966, S. 44

(76) vgl. auch Schellhorn-Jirasek-Seipp § 20 III, 1,c;  
Gottschick-Giese § 20 Anm. 1,b

(77) vgl. auch Jehle ZfSH 1967, S. 344

verletzt wurde, wobei hier nur die Verpflichtung zum Einsatz der Arbeitskraft nach § 18 Abs. 1 BSHG in Frage kommen kann.

Diese Überlegungen lassen den Schluß gerechtfertigt erscheinen, den § 18 BSHG als den entscheidenden Grundtatbestand der Hilfe zur Arbeit im Unterabschnitt 2 aufzufassen, der damit Geltung auch im Bereich der §§ 19 und 20 BSHG beansprucht (78). Die §§ 19 und 20 BSHG können dann nur Anwendung finden, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen des § 18 BSHG gegeben sind. Nach § 18 BSHG entscheidet sich grundsätzlich, wer arbeitspflichtig ist, sei es im Rahmen normaler Arbeit, sei es im Rahmen der §§ 19 und 20 BSHG, während letztere Bestimmungen Besonderheiten hinsichtlich der in Frage kommenden Arbeiten regeln.

## II Die Erwerbsfähigkeit als Voraussetzung für die Anwendung der §§ 19 und 20 BSHG

Ist aber § 18 BSHG Grundtatbestand im Rahmen der Hilfe zur Arbeit, wird die in § 18 Abs. 1 BSHG genannte Arbeitsfähigkeit im oben als Erwerbsfähigkeit verstandenen Sinne Voraussetzung auch für die Pflicht des Hilfesuchenden, Arbeiten oder Tätigkeiten im Bereich der §§ 19 und 20 BSHG zu verrichten.

Im Rahmen der §§ 19 und 20 Abs. 1, 2. Alt. BSHG wird dieser

---

(78) Dadurch erweitert sich die Pflicht der Träger der Sozialhilfe nach § 18 Abs. 2 BSHG zur engen Zusammenarbeit mit der Bundesanstalt für Arbeit auch auf den Bereich der §§ 19 und 20 BSHG; vgl. auch Keese §19, 1; Eisenhower ZfF 1961, S. 355; Gottschick-Giese § 20 Anm. 2

Konsequenz, soweit ersichtlich, jedenfalls nicht widersprochen. In § 19 BSHG geht es ja auch nur darum, daß Hilfesuchende keine Arbeit im freien Erwerbsleben finden können, und dem mit der Schaffung von Arbeitsgelegenheiten durch den Sozialhilfsträger oder auf seine Anregung hin durch Dritte abgeholfen wird (79). § 20 Abs. 1, 2. Alt. BSHG bezieht sich auf solche Hilfesuchende, deren Arbeitsbereitschaft, nicht deren Arbeitsfähigkeit, zweifelhaft ist. Bevor gegen diese Gruppe Maßnahmen nach den §§ 25 und 26 BSHG in Frage kommen, soll ihnen durch Zuweisung bestimmter Tätigkeiten Gelegenheit gegeben werden, ihre Arbeitsbereitschaft zu beweisen (80).

Ob diese Konsequenz allerdings auch im Rahmen des § 20 Abs. 1, 1. Alt. BSHG geteilt wird, erscheint zweifelhaft. Soweit ersichtlich, wird zumindest teilweise der Sinn des § 20 Abs. 1, 1. Alt. BSHG gerade darin gesehen, den Arbeitsentwöhnten durch Bereitstellung geeigneter Tätigkeiten zur Wiedererlangung seiner Arbeitskraft und -freude zu führen (81). § 20 Abs. 1, 1. Alt. BSHG sei bei fehlender Arbeitsfähigkeit infolge Arbeitsentwöhnung anwendbar (82). Danach müßte § 20 Abs. 1, 1. Alt. BSHG auch für solche Hilfesuchende gelten, denen die Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit nach § 18 Abs. 1 BSHG fehlt.

Dem kann aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht zugestimmt werden. Richtig ist zwar, daß eine Arbeitsentwöhnung des Hilfesuchenden Einfluß auf die Arbeitsfähigkeit und damit

---

(79) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 19 III, 2, a;  
Knopp-Fichtner § 19 Rdnr. 5

(80) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 20 I

(81) Desch S. 121

(82) vgl. Gottschick-Giese § 20 Anm. 1;  
Das Deutsche Bundesrecht VF 90,  
Erl. zu § 20, S. 62

auf die Verpflichtung zum Einsatz der Arbeitskraft haben kann. Im Einzelfall kann die Entwöhnung die Arbeitsfähigkeit sogar ganz ausschließen (83). Das ist dann der Fall, wenn sie eine so starke Wirkung auf den Hilfesuchenden hat, daß seine Eigenkräfte nicht mehr ausreichen, um die Entwöhnung zu überwinden. Wenn aber solche unüberwindlichen Hindernisse einer Arbeitsaufnahme entgegenstehen, wird der betreffende Hilfesuchende vom Anwendungsbereich des § 20 BSHG gerade nicht erfaßt. Hier muß schon wegen Arbeitsunfähigkeit die Verpflichtung zum Einsatz der Arbeitskraft nach § 18 BSHG verneint werden, die wiederum Voraussetzung auch für die Anwendung des § 20 BSHG ist. Auch § 25 Abs. 1 BSHG kann bei Ablehnung von Arbeit durch einen solchen Hilfesuchenden nicht gelten, weil er nicht der Pflicht zur Arbeit unterliegt. Vielmehr muß der Träger der Sozialhilfe im Rahmen des Abschnittes 2 des BSHG Hilfe zum Lebensunterhalt leisten und ferner prüfen, ob nicht Eingliederungshilfe nach §§ 39 Abs. 1, Nr. 5, Nr. 6 oder 39 Abs. 2 BSHG gewährt werden muß oder kann, wobei §§ 18, 25 Abs. 1 BSHG ebenfalls keine Anwendung finden (84).

In den Fällen, die von § 20 Abs. 1, 1. Alt. BSHG erfaßt werden, liegt zwar ebenfalls eine Arbeitsentwöhnung des Hilfesuchenden vor. Dieses Moment wirkt aber nicht so stark, daß es die Arbeitsfähigkeit ausschließt. Vielmehr ist hier die Kraft des Hilfesuchenden, Arbeitsentwöhnung aus eigenem Antrieb zu überwinden, noch vorhanden und somit auch die Arbeitsfähigkeit.

Bei dieser Gruppe Hilfesuchender ist aber meist die sofortige

---

(83) vgl. auch Gercke (S. 79) mit Hinweis auf eine Entscheidung des LSG Hamburg vom 21.6.1956, wonach Arbeitsentwöhnung Rentenansprüche begründen kann

(84) Gottschick-Giese § 41 Anm. 2; § 33 Anm. 3;  
Knopp-Fichtner § 41 Rdnr. 6; § 33 Rdnr. 2,3;  
Schellhorn-Jirasek-Seipp § 41 III, 2,a; § 33 III, 2,b

Aufnahme einer normalen Arbeit erschwert. Arbeitsplätze im freien Erwerbsleben sind ihnen meist verschlossen. Sie stehen nämlich trotz vorhandener Arbeitsfähigkeit gerade wegen ihrer möglicherweise langjährigen Entwöhnung der Arbeitsvermittlung meist nicht sofort oder auf absehbare Zeit zur Verfügung, § 103 AFG (85). Zudem besteht auch die Gefahr, daß sie den Anforderungen des freien Erwerbslebens nicht oder nur ungenügend gewachsen sind. Würde man sie etwa im normalen Arbeitsprozeß einsetzen, könnte die Entwöhnung leicht zu einem Versagen führen, was wiederum den Verlust der Arbeitsstelle bedeuten oder die die Entwöhnung beim Hilfesuchenden bedingenden Momente so verstärken könnte, daß es schließlich zu einer die Arbeitsfähigkeit ausschließenden Fehlhaltung gegenüber der Arbeit käme. Dem will § 20 BSHG mit dem Angebot besonderer, der Situation des Hilfesuchenden angemessener Tätigkeit begegnen. Dadurch werden die bestehenden Gefahren abgebaut, so daß der Hilfesuchende schließlich in das normale Arbeitsleben entlassen werden kann.

§ 20 Abs. 1, 1. Alt. BSHG enthält somit keine abschließende Regelung für Arbeitsentwöhnte. Nur diejenigen, die gleichzeitig arbeits- bzw. erwerbsfähig im Sinne des § 18 Abs. 1 BSHG sind, werden vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfaßt.

### III Die Beschränkung der Tätigkeiten nach den §§ 19 und 20 BSHG auf Erwerbsarbeiten

Trifft somit die Pflicht, Arbeiten und Tätigkeiten im Rahmen

---

(85) Arbeitsfähigkeit im Sinne des § 18 Abs. 1 BSHG und Verfügbarkeit nach § 103 AFG sind nicht miteinander identisch; so auch Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III, 1,d; Jehle ZfSH 1969, S. 461

der §§ 19 und 20 BSHG zu verrichten, nur den Hilfesuchenden, der über Arbeitsfähigkeit im als Erwerbsfähigkeit verstandenen Sinne verfügt, führt das zugleich zu einer Beschränkung der im Rahmen der §§ 19 und 20 BSHG in Frage kommenden Tätigkeiten. § 18 Abs. 1 BSHG verlangt ausschließlich den Einsatz der Arbeitskraft bzw. der Erwerbsfähigkeit des Hilfesuchenden. Da diese Bestimmung allein die Verpflichtung zur Arbeit ausspricht, muß entsprechendes im Anwendungsbereich der §§ 19 und 20 BSHG Geltung haben, so daß auch hier ausschließlich die Erwerbsfähigkeit angefordert werden kann. Da letztere aber nur dann zum Einsatz gelangt, wenn es sich bei den in Betracht kommenden Arbeiten um Erwerbsarbeiten handelt, müssen die in den §§ 19 und 20 BSHG angesprochenen Arbeiten und Tätigkeiten ihrer Art nach ebenfalls Erwerbsarbeiten sein. Andere Arbeiten als Erwerbsarbeiten verlangen andere Fähigkeiten als die Erwerbsfähigkeit des Hilfesuchenden. Die Anforderung solcher Tätigkeiten wäre nicht durch § 18 Abs. 1 BSHG gedeckt.

#### 1. Die Tätigkeiten nach § 20 Abs. 1 BSHG

Dieses Ergebnis erscheint aber zunächst zweifelhaft, wenn man auf den Wortlaut der Bestimmung des § 20 Abs. 1 BSHG abstellt. Hier sind im Gegensatz zu den §§ 18 und 19 BSHG nicht Arbeiten, sondern geeignete Tätigkeiten vorgesehen, die der besonderen Lage des Hilfesuchenden Rechnung tragen. Diese unterschiedliche Wortwahl mag dazu Anlaß geben, unter den Tätigkeiten des § 20 BSHG zumindest auch andere Arbeiten als Erwerbsarbeiten zu verstehen. So wird denn auch in der Literatur nur recht undeutlich erklärt, was mit den geeigneten Tätigkeiten gemeint ist. Man versteht darunter nicht übliche

wertschaffende Arbeitsleistungen, sondern jede sonstige Tätigkeit, sofern sie das erstrebte Ziel, den Hilfesuchenden zur Arbeit hinzuführen, fördert (86).

Nach der hier vertretenen Auffassung können aber unter den geeigneten Tätigkeiten nach § 20 BSHG ebenso wie unter den Arbeiten nach den §§ 18 und 19 BSHG nur solche verstanden werden, die ihrer Art nach Erwerbsarbeiten sind. Das wird schon durch die Regelung des § 25 Abs. 1 BSHG angedeutet, der ebenfalls bei der Verweigerung von Tätigkeiten nach § 20 BSHG gilt, jedoch das Wort Tätigkeit nicht wieder aufnimmt, sondern einheitlich von der Verweigerung zumutbarer Arbeit ausgeht. Zudem besteht tatsächlich ein Unterschied zu den sonstigen Erwerbsarbeiten, der die verschiedene Wortwahl rechtfertigt. Es kommt hier im Gegensatz zu den üblichen Arbeiten nicht in erster Linie auf die produktive Arbeitsleistung (87) oder die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges (88) an. Die Produktivität spielt angesichts der besonderen Gefährdung des Hilfesuchenden nicht die Hauptrolle beim Arbeitseinsatz, und es hat für den Betroffenen keine ungünstigen Konsequenzen, wenn die Produktivität im Einzelfall unterdurchschnittlich ist oder gar einmal ausbleibt. Das ändert aber nichts daran, daß es sich auch in § 20 BSHG grundsätzlich der Art nach um Erwerbsarbeiten handelt, die sich in Arbeitszeit, Schwere (89) und Produktivität nach der im Einzelfall gegebenen Gefährdung des Hilfesuchenden richten.

- 
- (86) vgl. Luber § 20 unter Materialien (Begr. des Reg.entwurfs), S. 54; Oestreicher § 20 Anm. 1; Perl ZfSH 1970, S. 70; Knopp-Fichtner § 20 Rdnr. 2  
(87) vgl. Schellhorn-Jirasek-Seipp § 20 III, 1,a;  
(88) vgl. Gottschick-Giese § 20 Anm. 2  
(89) vgl. auch Keese § 20, 1

2. Die Regelungen der §§ 19 Abs. 2, Abs. 3  
und 20 Abs. 2 BSHG

Die hier vertretene Ansicht findet auch in den Regelungen der §§ 19 Abs. 2, Abs. 3 und 20 Abs. 2 BSHG eine Bestätigung.

Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 BSHG " kann " bei gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit " entweder " das übliche Arbeitsentgelt " oder " Hilfe zum Lebensunterhalt zuzüglich einer angemessenen Entschädigung für Mehraufwendungen gewährt werden. Der Gebrauch des Wortes kann durch den Gesetzgeber wird allgemein, soweit ersichtlich, dahin verstanden, hier dem Träger der Sozialhilfe ein Wahlrecht einzuräumen, welches er nach pflichtgemäßem Ermessen ausüben müsse (90). Anhaltspunkte oder Kriterien für die Ausübung des Ermessens werden allerdings nicht genannt. Zwar wird teilweise darauf hingewiesen, daß der Träger der Sozialhilfe dann ermessensfehlerhaft handelt, wenn er aus fürsorgerisch nicht belegbaren Gründen einem voll oder überwiegend arbeitsfähigen Hilfesuchenden lediglich Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt (91). Es fragt sich aber, ob es etwa überhaupt einen fürsorgerischen oder sonstigen Grund gibt, dem Hilfesuchenden, dessen Arbeitsleistung ein erheblich über dem für ihn in Betracht kommenden Sozialhilfesatz liegendes Einkommen erzielen würde, dieses Geld vorzuenthalten und statt dessen Hilfe zum Lebensunterhalt zuzüglich einer angemessenen Entschädigung wegen Mehraufwendungen zu gewähren. Dadurch könnten Sinn und

- 
- (90) Gottschick-Giese § 19 Anm. 5; Keese § 19, 2;  
Perl ZfSH 1970, S. 70; Mertens S. 188;  
Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S. 217;  
Oestreicher § 19 Anm. 6; vgl. auch Albers S. 95  
(91) Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II  
A 18, S. 217

Zweck der Hilfe zur Arbeit sowie der Sozialhilfe selbst gefährdet werden, der unter anderem auch darin besteht, den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu unterstützen und ihm Gelegenheit zur Entfaltung seiner Persönlichkeit zu geben (92). Um diese Konsequenz zu vermeiden, will Mertens (93)

bei Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt den Umfang der Arbeiten der Höhe der Sozialunterstützung anpassen, um eine billige Ausnutzung von Arbeitskräften zu vermeiden.

Ohne diese Einschränkung käme man allerdings im Ergebnis wieder zu der nicht in das BSHG aufgenommenen Pflichtarbeit nach altem Recht (94), wo sich der Umfang der Arbeit nicht nach der Höhe der Unterstützung richtete (95). Gerade diese Einschränkung zeigt aber zugleich die Schwäche dieser Ansicht. Hier wird im Grunde keine Ermessensentscheidung mehr zwischen dem üblichen Arbeitsentgelt und der Hilfe zum Lebensunterhalt für die geleistete Arbeit getroffen. Vielmehr wird schon der Umfang der in Frage kommenden Arbeiten danach bestimmt, ob der Träger der Sozialhilfe schließlich Arbeitsentgelt oder Hilfe zum Lebensunterhalt zuzüglich der Entschädigung für Mehraufwendungen zahlen will. Das aber geht über die Regelung des § 19 Abs. 2 BSHG hinaus, der lediglich die Frage der Bezahlung der verrichteten Arbeit zum Gegenstand hat (96), selbst wenn man in der Bestimmung eine Ermessensvorschrift sehen wollte. In welchem Umfang der Träger der Sozialhilfe Gelegenheit auch zu gemeinnütziger Arbeit schafft, ist allein eine Frage, die sich nach § 19 Abs. 1 BSHG richtet (97).

---

(92) vgl. auch BVerwG NDV 1968, S. 137

(93) Mertens S. 189

(94) Knopp-Fichtner § 19 Rdnr. 1; Albers S. 95; unklar Schellhorn-Jirasek-Seipp § 19 II

(95) Muthesius § 19 RFV Anm. 4

(96) vgl. auch Albers S. 95

(97) vgl. auch Knopp-Fichtner § 19 Rdnr. 2

In welchem Umfang der Hilfesuchende seine Arbeitskraft einzusetzen hat, und inwieweit der Sozialhilfeträger deren Einsatz überhaupt fordern kann, ist eine Frage, die sich allein nach § 18 BSHG richtet, wonach eine Arbeitsleistung nur insoweit erbracht werden muß, als es zur Deckung des Lebensunterhaltes notwendig ist.

Entscheidend aber ist, daß das Wort kann in § 19 Abs.2 BSHG nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit dem Begriffspaar " entweder - oder " gesehen werden kann. Nur wenn das Wort entweder im gesetzlichen Tatbestand fehlte, könnte man annehmen, daß in § 19 Abs. 2 BSHG dem Sozialhilfeträger ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübendes Wahlrecht eingeräumt ist. Geht man aber von Ermessen aus, ist das Wort entweder überflüssig. Diese Konsequenz vermeidet man, indem man die Einräumung von Ermessen für den Sozialhilfeträger in § 19 Abs. 2 BSHG ablehnt. Dann kann diese Vorschrift nur die Bedeutung haben, daß durch sie ein Doppelbezug von Arbeitsentgelt und Hilfe zum Lebensunterhalt bei gemeinnützigen Arbeiten ausgeschaltet wird. Der Hilfesuchende kann nur eine Leistung, entweder Arbeitsentgelt oder Hilfe zum Lebensunterhalt zuzüglich der Entschädigung für Mehraufwendungen empfangen. Was der Träger der Sozialhilfe im übrigen gewähren muß, ergibt sich aus dem Wert der erbrachten Arbeitsleistung und somit aus der Höhe des üblichen Arbeitsentgeltes. Ist dieses höher als der in Frage kommende Satz der Sozialhilfe, muß das Arbeitsentgelt gezahlt werden. Ist das Arbeitsentgelt hingegen niedriger als die zu zahlende Sozialhilfe, müßte ohne die Regelung des § 19 Abs. 2 BSHG Hilfe zum Lebensunterhalt und Arbeitsentgelt gezahlt werden, weil letzteres den notwendigen Bedarf nicht abdeckt. Nach § 19 Abs. 2 BSHG wird aber dieser sonst erforderliche Doppelbezug verschiedenartiger Leistungen ausgeschlossen, indem nur Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt werden kann. Dadurch wird die Position des Hilfe-

suchenden nicht verschlechtert, weil ohne § 19 Abs. 2 BSHG das Arbeitsentgelt als eigenes Einkommen auf die Hilfe zum Lebensunterhalt angerechnet werden müßte, im Ergebnis also der Hilfesuchende nicht mehr erhalten könnte, als der volle Betrag der Hilfe zum Lebensunterhalt ausmacht.

Wenn aber § 19 Abs. 2 BSHG den Bezug von Arbeitsentgelt und Hilfe zum Lebensunterhalt nebeneinander ausschaltet, hat er jedenfalls zur Voraussetzung, daß die infrage kommenden Arbeiten Erwerbsarbeiten sind. Nur durch Erwerbsarbeiten kann Arbeitsentgelt erzielt und die Kollisionslage herbeigeführt werden, die in § 19 Abs. 2 BSHG ihre Regelung gefunden hat.

Dieser Gesichtspunkt bildet zugleich den Grund für die Regelung des § 19 Abs. 3 BSHG. Da der Hilfesuchende eine Erwerbsarbeit verrichtet, für die grundsätzlich ein Arbeitsentgelt gezahlt wird, würde ohne die Bestimmung des § 19 Abs. 3 BSHG sowohl ein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechtes als auch ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung begründet. Insofern bestünde kein Unterschied zu den Rechtsbeziehungen, wie sie im Falle des § 19 Abs. 2, 1. Alt. BSHG zwischen dem Träger der Sozialhilfe und dem Hilfesuchenden bestehen. Wird nämlich das übliche Arbeitsentgelt gewährt, entsteht ein bürgerlich - rechtliches Arbeitsverhältnis, das der Sozialversicherungspflicht unterliegt (98). Da aber im Falle der §§ 19 Abs. 2, 2. Alt., 19 Abs. 3 BSHG das Arbeitsentgelt nicht ausreichen würde, um den notwendigen Bedarf zu decken, müßte zusätzlich im Rahmen des öffentlichrechtlichen Sozialhilfeverhältnisses Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt werden. Damit aber stünden einmal

---

(98) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 19 III, 2,a;  
Gottschick-Giese § 19 Anm. 5,a;  
zweifelnd Knopp-Fichtner § 19 Rdnr. 6

zwei verschiedenartige Rechtsverhältnisse nebeneinander, nämlich das privatrechtliche Arbeitsverhältnis und das öffentlichrechtliche Sozialhilfeverhältnis. Zudem würde bei Streitigkeiten die Zuständigkeit sowohl der Arbeits- und Sozialgerichte als auch der Verwaltungsgerichte in Frage kommen (99). Um diese Konsequenz zu vermeiden, bestimmt § 19 Abs. 3 BSHG, daß im Falle des § 19 Abs. 2, 2. Alt. BSHG die Arbeitsleistung sich im Rahmen des öffentlichrechtlichen Sozialhilfeverhältnisses vollzieht. Zugleich wird damit erreicht, daß Streitigkeiten zwischen dem Sozialhilfeträger und dem Hilfesuchenden nicht in den Zuständigkeitsbereich der Arbeits- und Sozialgerichte, sondern in den der Verwaltungsgerichte fallen (100).

Diese letzten Überlegungen gelten grundsätzlich auch für die Regelung des § 20 Abs. 2 BSHG. Daß hier im übrigen generell nur Hilfe zum Lebensunterhalt und eine angemessene Entschädigung für Mehraufwendungen gewährt werden kann, nicht aber, wie in § 19 Abs. 2, 1. Alt. BSHG Arbeitsentgelt, liegt an der besonderen Art der hier in Betracht kommenden Erwerbsarbeiten. Es handelt sich ja um Tätigkeiten, mit denen der Hilfesuchende sich erst an normale Erwerbsarbeiten gewöhnen oder seine Arbeitsbereitschaft beweisen soll, mithin um Arbeiten mit sehr geringer Produktivität. Würde auch in diesem Falle Arbeitsentgelt gezahlt, bliebe dies grundsätzlich unter den Sätzen der Hilfe zum Lebensunterhalt. Da somit das Entgelt den Bedarf des Hilfesuchenden nicht decken könnte, müßte jedenfalls zusätzlich Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt werden. Deshalb wird in § 20 Abs. 2 BSHG von vorneherein die Regelung der §§ 19 Abs. 3, 19 Abs. 2, 2. Alt. BSHG übernommen, nach denen ausschließlich Hilfe zum Lebensunterhalt in Frage kommt und

---

(99) zum alten Recht vgl. BVerwGE 12, S. 64 ff

(100) vgl. auch Oestreicher § 19 Anm. 8

die Arbeitsleistung des Hilfesuchenden sich im Rahmen des öffentlichrechtlichen Sozialhilfeverhältnisses vollzieht.

Zu betonen bleibt aber, daß § 20 Abs. 2 BSHG nur insoweit Geltung beanspruchen kann, als es sich tatsächlich um Arbeiten handelt, mit denen nur ein die in Frage kommenden Sätze der Hilfe zum Lebensunterhalt nicht erreichendes Entgelt erzielt werden könnte. Ist die vom Hilfesuchenden ausgeübte Tätigkeit so beschaffen, daß der Betreffende damit ein über dem Unterstützungssatz liegendes Entgelt erzielen würde, kann es sich nicht mehr um Tätigkeiten im Bereich des § 20 BSHG handeln, sondern um normale Erwerbsarbeiten. In diesem Fall findet die Regelung des § 20 Abs. 2 BSHG keine Anwendung. Vielmehr liegt dann ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vor, aus dem dem Hilfesuchenden das volle Arbeitsentgelt zusteht.

Festzuhalten bleibt abschließend, daß die Bestimmungen der §§ 19 Abs. 2, Abs. 3 und 20 Abs. 2 BSHG voraussetzen, daß die dort vorgesehenen Tätigkeiten ihrer Art nach Erwerbsarbeiten sind, womit die hier vertretene Ansicht eine Bestätigung findet.

ZWEITER ABSCHNITT: DIE PRÄZISIERUNG DER ARBEITSKRAFT DES  
§ 18 ABS. 1 BSHG ALS TATSÄCHLICHE  
ARBEITS- UND LEISTUNGSFÄHIGKEIT

§ 1 Das Erfordernis einer konkreten Betrachtungsweise  
der Arbeitsfähigkeit im BSHG

Die bisher gefundene Definition der Arbeitsfähigkeit als einer Erwerbsfähigkeit ist noch recht weit und allgemein. Um den Begriff deutlicher und damit auch praktikabler zu machen, bedarf es weiterer Präzisierungen. Im folgenden soll daher versucht werden, zu klären, ob die Arbeitskraft in einem abstrakten oder in einem konkreten Sinne verstanden werden muß.

1. Kapitel Die Problemstellung

Bis zu den beiden Entscheidungen des Großen Senates des Bundessozialgerichts vom 11.12.1969 (1) wurde im Rahmen der §§ 1246, 1247 RVO eine Kontroverse geführt, die durch die Schlagworte " abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise " gekennzeichnet ist. Es ging um die Frage, ob die Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im Rentenversicherungsrecht ausschließlich danach beurteilt und verstanden werden sollte, ob der Versicherte nach seinen vorwiegend im Rahmen medizi-

---

(1) BSGE 30, S. 167 ff; S. 192 ff

nischer Untersuchungen zu klärenden, subjektiven Fähigkeiten in der Lage war, eine Tätigkeit zu verrichten (abstrakte Betrachtungsweise), oder ob zusätzlich gefordert werden müsse, daß eine reale Möglichkeit des Einsatzes der noch vorhandenen Fähigkeiten bestehe (konkrete Betrachtungsweise). Das Erfordernis dieser realen Möglichkeit zum Einsatz der noch vorhandenen Fähigkeiten wurde allerdings nicht so verstanden, daß es auf die tatsächlich gegebenen Erwerbsmöglichkeiten, etwa auf einen ganz bestimmten Arbeitsplatz, ankommen müsse. Gefordert wurde vielmehr, daß wenigstens für den Versicherten ein den in Aussicht genommenen Tätigkeiten entsprechendes Arbeitsfeld, somit Arbeitsplätze, die der Versicherte mit den ihm verbliebenen Fähigkeiten ausfüllen könnte, seien sie frei oder besetzt, in nennenswerter Zahl vorhanden sein müßten.

Diese Frage nach einer abstrakten oder konkreten Beurteilung stellt sich auch für den Begriff der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG, allerdings in noch schärferer Form als im Rentenversicherungsrecht. Während dort die Frage nach der konkreten Betrachtungsweise darauf reduziert wurde, ob ein entsprechendes Arbeitsfeld vorhanden war oder nicht, kann es im Sozialhilferecht, wo es darauf ankommt, den Hilfesuchenden durch das Auffinden oder Zuweisen einer zumutbaren Arbeitsstelle aus seiner konkreten Notsituation zu befreien, auf diese Einschränkung nicht ankommen. Hier geht es vielmehr darum, ob nicht das tatsächliche Vorhandensein einer konkreten, im Sinne des § 18 Abs. 3 BSHG zumutbaren Arbeitsmöglichkeit Voraussetzung für die Bejahung der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG ist. Anders gewendet, geht es um das Problem, ob die Arbeitsfähigkeit abstrakt, im vorwiegend nach medizinischen Gesichtspunkten zu beurteilenden Sinne

zu verstehen oder als eine tatsächliche Arbeits- und Leistungsfähigkeit (2) aufzufassen ist.

2. Kapitel Der Streit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise im Rahmen der Reichsversicherungsordnung

Im Rahmen des Rentenversicherungsrechtes kann der Streit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise nach den oben genannten Grundsatzentscheidungen des Bundessozialgerichts zwar als im wesentlichen zugunsten der konkreten Betrachtungsweise gelöst angesehen werden. Es kann hier auch nicht versucht werden, neue Argumente für den einen oder den anderen Standpunkt herauszuarbeiten. Dennoch aber sollen die wesentlichen Argumente für die eine oder die andere Betrachtungsweise kurz aufgezeigt werden, um sie möglicherweise für die hier behandelte Problematik im Rahmen des Sozialhilferechts nutzbar zu machen, und eine Lösung für die Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG vorzubereiten.

Zwischen den Vertretern der verschiedenen Ansichten herrscht zunächst Einigkeit insoweit, als der Wortlaut der Bestimmungen der §§ 1246, 1247 RVO sowohl eine konkrete als auch eine abstrakte Handhabung zuläßt. Unter Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit läßt sich sicher der Fall einordnen, daß jemand nach seinem subjektiven Leistungsvermögen außerstande ist, eine Erwerbstätigkeit zu verrichten, ohne daß es überhaupt

---

(2) Das Merkmal der tatsächlichen Leistungsfähigkeit findet auch im Rahmen des § 170b StGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal Verwendung (vgl. Maurach BT S. 396).

auf das Vorhandensein von Arbeitsplätzen ankommt. Ebenso aber kann man auch denjenigen als berufs- oder erwerbsunfähig bezeichnen, der infolge seines geminderten Leistungsvermögens eine Erwerbsarbeit nicht ausüben kann, weil es für ihn als einen Leistungsgeminderten keinen entsprechenden Arbeitsplatz auf dem Arbeitsmarkt gibt. Sowohl subjektives Unvermögen als auch die objektive Unmöglichkeit, einen Arbeitsplatz zu finden, können somit dem Sprachgebrauch nach zur Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit führen (3).

Wenn aber der Wortlaut der §§ 1246, 1247 RVO beide Möglichkeiten zuläßt, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die konkrete oder die abstrakte Betrachtungsweise für die Beurteilung der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit zugrunde gelegt werden muß. Maßstab für die Auslegung kann aber nur Sinn und Zweck der Gewährung der Renten wegen Berufsunfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit sein. Hier wird von den Vertretern der konkreten Betrachtungsweise angeführt, die Renten dienten dem Zweck, dem Versicherten den Verdienst- und Lohnausfall auszugleichen, den das Herabsinken oder der Wegfall der Erwerbsfähigkeit in der Regel zur Folge habe. Diese Funktion der Renten ergebe die Notwendigkeit, die Entscheidung über den Eintritt des Versicherungsfalles nach dem noch erzielbaren Lohn zu treffen. Letzterer könne dann nicht erzielt werden, wenn Arbeitsplätze für den Versicherten überhaupt nicht vorhanden seien. Würde man den Versicherten auf solche nicht vorhandenen Arbeitsplätze verweisen wollen, könnte er weder ein Einkommen erzielen noch Rente erhalten, womit aber Zweck und Sinn der Rente verfehlt seien (4).

---

(3) vgl. Ehmke SGB 1964, S. 246; Friedrichs SGB 1965, S. 134; Allinger Arb. Vers. 1964, S. 157; LSG NRW Zfs 1966, S. 177

(4) vgl. Bekemeyer Soz. Vers. 1967, S. 136; Allinger Arb. Vers. 1964, S. 157; BSGE 30, S. (192) 198

Dagegen wird aber vorgetragen, wenn für den Eintritt des Versicherungsfalles das Vorhandensein von Arbeitsplätzen mitentscheidend sei, werde im Grunde der Risikobereich eines anderen Versicherungszweiges berührt, nämlich der der Arbeitslosenversicherung. Wenn der Versicherte gesundheitlich noch fähig sei, entsprechende Tätigkeiten auszuüben, könne er nicht berufs- oder erwerbsunfähig sein, sondern allenfalls arbeitslos, selbst wenn es überhaupt keinen freien Arbeitsplatz gebe, weil alle Arbeitsplätze zur Zeit besetzt seien. Auch hier handele es sich nicht um ein Risiko der Rentenversicherung, sondern um ein solches der Arbeitslosenversicherung (5).

Diesem Argument kann aber nach der Ansicht der Verfechter einer konkreten Betrachtungsweise nicht gefolgt werden. Es handele sich keineswegs um das Risiko von besetzten oder freien Stellen, das der Arbeitslosenversicherung zur Last falle. Ein solches Risiko könne erst entstehen, wenn überhaupt Arbeitsplätze in nennenswerter Zahl, seien sie frei oder besetzt, vorhanden seien. Wo das nicht zutreffe, gehöre der Versicherte nicht zum Kreis der Arbeitslosen, sondern allenfalls zu dem der Rentenbewerber. Hier sei ihm der Arbeitsmarkt praktisch auf Dauer verschlossen, und wenn ein dem Wettbewerb offener Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehe, sei der Versicherte nicht fähig, ein dem Lebensunterhalt dienendes Entgelt durch Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verdienen. Der Wegfall der Erwerbsfähigkeit gehöre aber zum Risiko der Rentenversicherung und nicht zu dem der Arbeitslosenversicherung (6).

---

(5) vgl. Heinze SGB 1966, S. 7; LSG NRW ZfS 1966, S. 185

(6) vgl. Allinger Arb.Vers. 1964, S. 158; Bekemeyer  
Soz.Vers. 1967, S. 139; BSGE 30, S. (167) 176, 177

Gegen dieses Ergebnis werden aber von den Vertretern einer abstrakten Betrachtungsweise weitere erhebliche Bedenken geltend gemacht. Wenn die Beurteilung der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit mit von dem Vorhandensein von Arbeitsplätzen abhängig sei, werde der Begriff der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im Grunde zu einem flexiblen Begriff, der je nach den Umständen zu bejahen oder zu verneinen sei. Das Kriterium des Vorhandenseins von Arbeitsplätzen sei nämlich Schwankungen unterworfen. Konjunkturelle, zeitliche und örtliche Veränderungen bekämen auf die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit erheblichen Einfluß. Das aber führe dazu, daß etwa bei gleichen medizinischen Voraussetzungen der im Land oder Ort A ansässige Versicherte mangels Arbeitsgelegenheit als berufs- oder erwerbsunfähig angesehen werden müsse, während einem anderen im Land oder Ort B die Rente versagt werde, weil sich noch Arbeitsgelegenheiten fänden. Darin liege eine Ungleichbehandlung der Versicherten, die durch nur geringe örtliche oder zeitliche Verschiedenheiten ausgelöst sein könne (7).

Zudem führe die konkrete Auffassung dazu, von den Versicherungsträgern und den Sozialgerichten zuverlässige Feststellungen über das Vorhandensein von Arbeitsplätzen zu verlangen. Solche Ermittlungen seien aber nur sehr schwer anzustellen, wenn nicht sogar rechtlich oder tatsächlich unmöglich, vor allem, wenn der gesuchte Arbeitsplatz wegen des geminderten Leistungsvermögens eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen, etwa Schutz vor Nässe, Kälte oder Staub bieten müsse, oder wenn nur eine Arbeit, die abwechselnd im Sitzen und Stehen verrichtet werden könne, in Frage

---

(7) vgl. Sasse SGB 1965, S. 136, 140;  
Broede Soz.Vers. 1967, S. 295, 296

komme. Jedenfalls sei ein solches Verfahren höchst unpraktikabel, da zudem die Ermittlungen wegen der laufenden Änderung der Verhältnisse ständig zu erneuern seien, um dem einzelnen Versicherungsfall gerecht zu werden. Die Versicherungsträger könnten bei solchen Anforderungen kaum noch den bei ihnen bestehenden Massenbetrieb bewältigen. Die Rentenversicherung sei ihrem Wesen nach für Sachverhalte bestimmt, die in großer Zahl aufträten. Dem müßten die Begriffe in den jeweiligen Tatbeständen Rechnung tragen, mithin für den Versicherungsträger einfach feststellbar sein (8).

### 3. Kapitel Die Lösung im Rahmen des § 18 Abs. 1 BSHG

Um nun eine Lösung des Problems zu finden, ob auch die Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG nach einer abstrakten oder nach einer konkreten Betrachtungsweise beurteilt, mithin ob sie als tatsächliche Leistungsfähigkeit oder als Arbeitsfähigkeit im vorwiegend medizinischen Sinne verstanden werden muß, soll methodisch ein ähnlicher Weg beschritten werden, wie er eben im Bereich der Rentenversicherung aufgezeigt wurde.

#### I Der Wortlaut des Gesetzes

Nach § 18 Abs. 1 BSHG hat der Hilfesuchende seine Arbeits-

---

(8) vgl. Heinze SGB 1966, S. 7 ; Sasse SGB 1965, S. 136;  
Ehmke SGB 1964, S. 246; Scheerer SGB 1966, S. 33;  
Friedrichs SGB 1965, S. 135; Broeder Soz.Vers. 1967,  
S. 296; LSG NRW ZfS 1966, S. 180, 182  
vgl. auch Dilla Arb.Vers. 1964, S. 152; BSGE 30,  
S. (167) 179, 180

kraft einzusetzen. Die Verwendung dieses Begriffes scheint zunächst darauf hinzudeuten, daß sich die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nach den subjektiven Kräften und Fähigkeiten des Hilfesuchenden richten muß. Dieser Eindruck verstärkt sich noch durch den Gebrauch des Possessivpronomens seine, woraus sich schließen läßt, es komme allein auf die in der Person des Hilfesuchenden liegenden Umstände an (9). Das mag auf den ersten Blick auch dem überwiegenden Sprachgebrauch entsprechen. Soweit sich auch Rechtsprechung und Literatur mit dem Problem der Arbeitsfähigkeit beschäftigt haben, geht man, soweit ersichtlich, allgemein den Weg, die Arbeitskraft des Hilfesuchenden ausschließlich nach seinen subjektiven Fähigkeiten zu beurteilen, ohne die Entscheidung hierüber von der Feststellung einer zumutbaren Arbeitsmöglichkeit abhängig zu machen (10).

Zweifelhaft ist jedoch schon, ob etwa ein allgemeiner oder überwiegender Sprachgebrauch ein Argument für die eine oder die andere Betrachtungsweise sein kann. Gerade das BSHG verwendet nämlich Begriffe, deren Inhalt und Tragweite nicht oder nur teilweise durch den allgemeinen Sprachgebrauch gedeckt sind. So ist der Einkommensbegriff in § 11 Abs. 1 BSHG nicht der, wie er dem Steuerrecht zugrunde liegt (11), und unter Vermögen ist im Sozialhilferecht nur das verwertbare Vermögen zu verstehen (12). Es handelt sich somit bei diesen

---

(9) vgl. auch LSG NRW ZfS 1966, S. 179, 180

(10) vgl. BVerwG NDV 1968, S. 138; NDV 1962, S. 25;  
OVG Berlin ZfSH 1971, S. 211; FEVS Bd. 15, S. 102;  
OVG Münster NDV 1968, S. 200; VerwGH Baden-Württemberg  
FEVS Bd. 15, S. 166; Hess. VGH FEVS Bd. 9, S. 132;  
OVG Lüneburg FEVS Bd. 9, S. 257; Jehle ZfF 1968, S. 228;  
Mertens NDV 1966, S. 43; Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 2;  
Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III

(11) BVerwG NDV 1965, S. 342; Gottschick-Giese § 76 Anm. 1

(12) vgl. § 88 BSHG

Begriffen um spezielle sozialhilferechtliche Begriffe, die nach den besonderen Erfordernissen der Sozialhilfe festgelegt wurden.

Außerdem ist zu bedenken, daß der Begriff der Arbeitskraft im Sinne einer Erwerbsfähigkeit verstanden wurde. Nach allgemeinem Sprachgebrauch kommt es für die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit sicher einmal auf die subjektiven Fähigkeiten des Hilfesuchenden an. Erwerbsfähigkeit kann aber auch nach dem üblichen Sprachgebrauch, wie im Rentenversicherungsrecht, dann etwa verneint werden, wenn zwar die subjektiven Kräfte des Hilfesuchenden ausreichen, die Betätigung dieser Kräfte aber objektiv unmöglich ist, weil es an einem zumutbaren Arbeitsplatz fehlt. Hier mangelt es an der Fähigkeit zur Ausnutzung der subjektiven Kräfte zum Erwerb. Diese Erwerbsfähigkeit kann mithin als tatsächliche Fähigkeit zum Erwerb gekennzeichnet werden, die neben den subjektiven Kräften die objektive Möglichkeit zum Einsatz der Fähigkeiten des Hilfesuchenden, also das Vorhandensein einer zumutbaren Erwerbsarbeit, voraussetzt.

Wird dies bedacht, erscheint der Schluß gerechtfertigt, den vom Gesetzgeber verwandten Begriff der Arbeitskraft, ebenso wie die Begriffe der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit im Rahmen der RVO, als nicht von vorneherein eindeutig aufzufassen. Vielmehr muß auch hier durch Auslegung geklärt werden, ob den Maßstab für die Beurteilung allein die subjektiven Kräfte und Fähigkeiten des Hilfesuchenden bilden, oder ob die Arbeitskraft in § 18 Abs. 1 BSHG im Sinne einer tatsächlichen konkreten Arbeits- und Leistungsfähigkeit verstanden werden muß, somit das Vorhandensein einer zumutbaren Erwerbsarbeit zur Voraussetzung hat.

## II Der Sinn und Zweck der Sozialhilfe als Auslegungsmaßstab

Der Maßstab für die Auslegung kann hier wiederum nur Sinn und Zweck der Sozialhilfe sein. Sie sieht den Hilfesuchenden in einer Notsituation, die alle denkbaren wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Ursachen haben kann. Ihr Risikobereich ist somit die tatsächliche Notlage von Menschen. Damit aber umfaßt sie nicht nur das Risiko der Rentenversicherung, nämlich Alter oder Invalidität, sie umfaßt vielmehr auch das Risiko der Arbeitslosenversicherung, nämlich das Vorhandensein freier Arbeitsplätze.

Anlaß für Leistungen und Hilfen nach dem BSHG ist die Notlage des Hilfesuchenden aber nur dann, wenn er selbst alle ihm zu Gebote stehenden Mittel und Kräfte vergeblich einsetzen würde, um seiner Notlage Herr zu werden. Daraus folgt das Selbsthilfegebot des § 2 BSHG. Sozialhilfe erhält nicht, wer sich selbst helfen kann. Dieses Selbsthilfegebot verweist den Hilfesuchenden aber nicht auf irgendein abstraktes Können. Es wird nur richtig verstanden, wenn man es in direkte Beziehung zu der konkreten Notlage setzt. Damit aber kann der Hilfesuchende nur auf solche Hilfsquellen verwiesen werden, die tatsächlich vorhanden und geeignet sind, der bestehenden Notlage wirksam entgegenzusteuern (13). Der Hilfesuchende kann sich somit nur dann selbst helfen, wenn die tatsächliche Möglichkeit der Selbsthilfe gegeben ist (14).

Das so verstandene Selbsthilfegebot wird im Rahmen der Hilfe

---

(13) vgl. BVerwGE 27, S. (58) 69; BVerwG NDV 1969, S. 146; BVerwG ZfSH 1971, S. 22

(14) vgl. Jehle ZfSH 1967, S. 344; Gottschick-Giese §2 Anm. 2 Knopp-Fichtner § 2 Rdnr. 13

zum Lebensunterhalt durch § 11 Abs. 1 BSHG wiederaufgenommen und dahin präzisiert, daß der Hilfesuchende seine eigenen Kräfte und Mittel einsetzen muß. Eigene Mittel sind insbesondere Einkommen und Vermögen. Was allerdings mit dem Begriff Einkommen gemeint ist, wird im BSHG nicht ausdrücklich bestimmt. § 76 Abs. 1 BSHG bestimmt lediglich, was zum Einkommen zählt, nämlich alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert. Ausgenommen sind allerdings die Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz. Auch die Verordnung zur Durchführung des § 76 BSHG vom 28.11. 1962 (15) gibt hierüber keine Auskunft. Richtig zu verstehen ist der Begriff somit nur im Zusammenhang mit den §§ 11 Abs. 1, 2 Abs. 1 BSHG. Einkommen im sozialhilferechtlichen Sinne können danach nur solche Einkünfte sein, die dem Hilfesuchenden in Geld oder Geldeswert tatsächlich zufließen (16). Alle anderen Einkünfte müssen als Einkommen im Sinne der §§ 11 Abs. 1, 76 BSHG außer Betracht bleiben. Das gilt insbesondere dann, wenn der Hilfesuchende zwar Ansprüche auf Geld oder geldwerte Leistungen gegen Dritte hat, diese aber nicht tatsächlich sofort oder alsbald realisierbar sind (17). Denn hier besteht nicht die objektive Möglichkeit, aus eigenem Einkommen die Grundbedürfnisse zu befriedigen. Vielmehr ist der Hilfesuchende nur bei tatsächlich vorhandenem Einkommen in der Lage, seine Notlage aus eigenen Mitteln zu meistern. Darin liegt zugleich der entscheidende Gesichtspunkt, warum in § 88 BSHG nur das verwertbare Vermögen als Vermögen im sozialhilferechtlichen Sinne anerkannt wird. Vermögen, das erst nach längeren Verhandlungen oder Prozessen verwertet werden kann, steht im Augenblick der gegenwärtigen Notlage nicht zur Verfügung

---

(15) Bundesgesetzblatt I S. 692

(16) BVerwG NDV 1965, S. 342; BVerwGE 29, S. (295) 297

(17) BVerwG NDV 1965, S. 342; Knopp-Fichtner § 2 Rdnr. 13; Gottschick-Giese § 76 Anm. 2

und kann nicht zur Befriedigung der Grundbedürfnisse des Menschen herangezogen werden (18) .

Finden aber Einkommen und Vermögen im Sozialhilferecht nur dann Berücksichtigung, wenn sie zur Verfügung stehen und somit tatsächlich zur Steuerung der Notlage verwertbar sind, muß diese Einschränkung, die sich aus dem Selbsthilfegebot des § 2 Abs. 1 BSHG ergibt, für den gesamten Bereich der nach § 11 Abs. 1 BSHG einzusetzenden Mittel gelten, da Einkommen und Vermögen ja die entscheidenden Unterfälle der zu berücksichtigenden Eigenmittel des Hilfesuchenden sind. Dasselbe muß dann aber auch für die neben den Eigenmitteln in § 11 Abs. 1 BSHG angesprochenen eigenen Kräfte des Hilfesuchenden Geltung haben. Unter Berücksichtigung des Selbsthilfegebotes kann es sich hier nicht um die Verweisung auf irgendwelche abstrakten Kräfte handeln. Eigenkräfte im Sinne des § 11 Abs. 1 BSHG sind erst vorhanden, wenn die objektive und konkrete Möglichkeit der Steuerung der gegenwärtigen Notlage durch sie gegeben ist. Denn helfen kann der Hilfesuchende sich nicht schon dann, wenn er über irgendwelche Kräfte verfügt, sondern nur, wenn er gleichzeitig die objektive Gelegenheit zur Verwertung seiner Kräfte hat.

Zu den eigenen Kräften des Hilfesuchenden gehört aber auch die Arbeitskraft, deren Einsatz in § 18 Abs. 1 BSHG, der im Grunde eine weitere Präzisierung des in § 2 Abs. 1 BSHG niedergelegten Selbsthilfegebotes ist, noch einmal ausdrücklich gefordert wird (19). Folgerichtig muß auch dieser Begriff in seiner Auslegung dem Selbsthilfegebot Rechnung tragen.

---

(18) vgl. BVerwG NDV 1961, S. (144) 145; BVerwGE 5, S. (27)30

(19) vgl. Keese § 11, 3; Luber § 11 II, 1,a;  
Knopp-Fichtner § 11 Rdnr. 19; Gottschick-Giese  
§ 11 Anm. 7

Dann aber kann das Vorliegen von Arbeitskraft oder -fähigkeit nur angenommen werden, wenn der Hilfesuchende neben seinen subjektiven Kräften die tatsächliche Möglichkeit und Gelegenheit zur Ausnutzung und Verwertung seiner Kräfte hat. Das ist aber nur der Fall, wenn ein freier zumutbarer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Ist ein solcher nicht vorhanden, kann der Hilfesuchende nicht sich selbst helfen und seinen Lebensunterhalt aus eigenen Kräften beschaffen. Somit umfaßt der Begriff der Arbeitskraft im sozialhilferechtlichen Sinne nicht nur die subjektiven Fähigkeiten des Hilfesuchenden, sondern auch die konkrete und tatsächliche Fähigkeit zur Ausnutzung der subjektiven Kräfte zum Erwerb. Anders gewendet, Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 18 Abs. 1 BSHG liegt nicht erst dann vor, wenn eine zumutbare Arbeit aufgrund der mangelnden subjektiven Kräfte des Hilfesuchenden nicht mehr ausgeübt werden kann, sondern schon, wenn eine zumutbare freie Arbeitsstelle nicht vorhanden ist oder nicht gefunden werden kann, es mithin an der tatsächlichen Arbeits- und Leistungsfähigkeit fehlt.

Damit läßt sich der Begriff der Arbeitskraft genauer definieren und präzisieren: Arbeitskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 BSHG ist danach die Fähigkeit zu einer Tätigkeit, die nach ihrer Art Inhalt und Gegenstand einer zumutbaren erwerbsmäßigen Betätigung ist und dem Hilfesuchenden tatsächlich zur Verfügung steht.

### III Das Verhältnis der §§ 18 Abs. 1, 18 Abs. 3 und 25 Abs. 1 BSHG zueinander

Versteht man den Begriff der Arbeitskraft in dem eben dargelegten Sinne als tatsächliche Leistungsfähigkeit, führt

das zugleich zu einem besseren Verständnis der §§ 18 Abs. 1, 18 Abs. 3 und 25 Abs. 1 BSHG und zu einer Klärung des Verhältnisses dieser Bestimmungen zueinander, wodurch die hier vertretene Ansicht bestätigt wird.

Nach § 18 Abs. 1 BSHG muß jeder Arbeitsfähige seine Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhaltes einsetzen. Versteht man unter Arbeitskraft aber nur die subjektiven Kräfte des Hilfesuchenden, nicht aber seine tatsächliche Leistungsfähigkeit, müßte eigentlich dem Wortlaut des Gesetzes nach jeder, der noch über solche Fähigkeiten verfügt, der Pflicht nach § 18 Abs. 1 BSHG unterliegen. Schwierigkeiten entstünden aber, wenn der Betreffende seine subjektiven Kräfte nicht einsetzen kann, weil ein freier und zumutbarer Arbeitsplatz nicht vorhanden ist. Das Gesetz müßte entweder Unmögliches verlangen, oder es dürfte nicht als pflichtbegründende Norm aufgefaßt werden, oder es müßte gedanklich dahin ergänzt werden, daß der Hilfesuchende seine subjektiven Kräfte nur dann einsetzen muß, wenn ihm das möglich, also ein zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist. Derartiges, insbesondere eine sonst notwendige Ergänzung, vermeidet man, indem man den Begriff der Arbeitskraft in dem oben dargelegten Sinne auslegt und versteht. Man erreicht dadurch von vorneherein die Beschränkung des Kreises der nach § 18 Abs. 1 BSHG Verpflichteten auf diejenigen Hilfesuchenden, die ihre Fähigkeiten tatsächlich einsetzen und ihren Lebensunterhalt durch Arbeit beschaffen können, weil für sie ein freier zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist.

Unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsplatz für den Hilfesuchenden zumutbar ist, wird näher in § 18 Abs. 3 BSHG geregelt. Es kommt also nicht jeder freie Arbeitsplatz in Betracht, sondern nur ein solcher, der den besonderen Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 BSHG entspricht. Da aber das

Vorhandensein eines freien und zumutbaren Arbeitsplatzes unabdingbare Voraussetzung für die Bejahung der tatsächlichen Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Hilfesuchenden ist, sind hier, indem § 18 Abs. 3 BSHG Arbeiten unter den dort genannten Voraussetzungen für nicht zumutbar erklärt, die Kriterien festgelegt, nach denen sich die Beurteilung der tatsächlichen Leistungsfähigkeit im einzelnen richtet. Ist die in Aussicht genommene Arbeit nicht zumutbar, muß die tatsächliche Arbeitsfähigkeit des Hilfesuchenden verneint werden, so daß er als arbeitsunfähig nicht der Pflicht nach § 18 Abs. 1 BSHG zum Arbeitseinsatz unterliegt. Entspricht hingegen der vorhandene Arbeitsplatz den Anforderungen des § 18 Abs. 3 BSHG, ist der Hilfesuchende arbeitsfähig und hat seine Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhaltes einzusetzen.

An die Feststellung der nach den Kriterien des § 18 Abs. 3 BSHG zu ermittelnden tatsächlichen Arbeits- und Leistungsfähigkeit und der daraus resultierenden Arbeitspflicht des Hilfesuchenden knüpft § 25 Abs. 1 BSHG unmittelbar an, wenn nach dieser Bestimmung derjenige keinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt hat, der zumutbare Arbeit verweigert, mithin seine Arbeitspflicht nach § 18 Abs. 1 BSHG verletzt. Von einer Arbeitsverweigerung kann nämlich nur gesprochen werden, wenn und solange eine zumutbare Arbeit für den Hilfesuchenden tatsächlich vorhanden ist (2o), er also tatsächlich leistungsfähig ist. Steht Arbeit nicht zur Verfügung, kann der Hilfesuchende sie auch nicht verweigern, weil dies wenigstens die Möglichkeit, sich den Unterhalt durch Arbeit zu verschaffen, voraussetzt.

---

(2o) vgl. Winkler ZfF 1958, S. 195

#### IV Die Ungleichbehandlung und die fehlende Praktikabilität

Ließ sich noch bei der Beurteilung der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im Rahmen der Reichsversicherungsordnung anführen, die konkrete Betrachtungsweise führe zu einer Ungleichbehandlung der Versicherten und sei überaus unpraktikabel, lassen sich diese Argumente bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG eher für die hier vertretene Auffassung einer konkreten Betrachtungsweise anführen.

Zwar haben hier ebenfalls neben den Veränderungen der subjektiven Fähigkeiten des Hilfesuchenden konjunkturelle, zeitliche oder örtliche Gegebenheiten einen entscheidenden Einfluß auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit. Bei gleichen körperlichen und geistigen Voraussetzungen ist der eine Hilfesuchende tatsächlich arbeitsfähig und unterliegt der Arbeitspflicht nach § 18 Abs. 1 BSHG, der andere aber arbeitsunfähig, weil überhaupt keine Arbeitsplätze vorhanden sind, der dritte arbeitsunfähig, weil zwar Arbeitsplätze vorhanden, aber für ihn nicht zumutbar sind, da die Arbeitsaufnahme etwa die geordnete Erziehung seiner Kinder gefährden würde. Somit wird auch hier, folgt man der konkreten Betrachtungsweise, die Arbeitsfähigkeit zu einem flexiblen Begriff, der je nach den Umständen des Einzelfalles zu bejahen oder zu verneinen ist. Das kann in der Tat zu einer Ungleichbehandlung der einzelnen Hilfesuchenden führen. Während der eine auf seine Arbeitskraft verwiesen wird, kann der andere die Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt beanspruchen.

Eine solche Ungleichbehandlung der Hilfesuchenden läßt sich aber im Rahmen der Sozialhilfe durchaus rechtfertigen. Im Bereich der Rentenversicherung hat das Gebot der Gleichbe-

handlung der Versicherten seine Rechtfertigung im Versicherten- und Beitragsprinzip (21). In der Sozialhilfe aber gibt es kein solches Prinzip. Es kann daher auch grundsätzlich nicht einen " vergleichbaren Fall " geben, der für andere Fälle maßgebend ist. Der einzelne, individuelle Mensch in seiner konkreten Notlage ist vielmehr alleiniger und zentraler Ausgangspunkt der Sozialhilfe. Daher läßt sich die Sozialhilfe grundsätzlich nicht schematisch, sondern nur individuell gewähren (22). Zwar wird dieses Individualprinzip in § 3 Abs. 1 BSHG ausdrücklich nur für die zu gewährenden Leistungen der Sozialhilfe ausgesprochen, während es hier um die Frage der Selbsthilfemöglichkeiten durch Arbeit geht, also um ein Problem, das sich aus dem Subsidiaritätsprinzip ergibt (23). Das kann aber nicht hindern, den in § 3 Abs. 1 BSHG ausgesprochenen Grundsatz mindestens entsprechend auch auf die Beurteilung der Selbsthilfemöglichkeiten anzuwenden (24). Wenn sich die Sozialhilfe die Aufgabe stellt, den Hilfesuchenden zu befähigen, unabhängig von ihr zu leben, sich also als Hilfe zur Selbsthilfe versteht, dann muß sich die Beurteilung der Selbsthilfemöglichkeiten, mithin auch der Arbeitskraft des Hilfesuchenden, nach den Besonderheiten des Einzelfalles richten, vor allem nach der Person des Hilfesuchenden, der Art seines Bedarfes, nach den besonderen zeitlichen, örtlichen, konjunkturellen und sonstigen Verhältnissen.

Schon hieran zeigt sich, daß auch die Schwierigkeiten, die mit der Feststellung eines zumutbaren Arbeitsplatzes und damit der tatsächlichen Arbeits- und Leistungsfähigkeit ver-

---

(21) vgl. vorne Erster Abschnitt, § 1, 3. Kap., I

(22) vgl. vorne Erster Abschnitt, § 1, 3. Kap., II

(23) Krüger S. 4, 5

(24) vgl. Forsthoff S. 10; Gottschick-Giese § 2 Anm. 2

bunden sein mögen, kein Einwand gegen die hier vertretene Auffassung sein können. Die Sozialhilfe ist nicht wie die Rentenversicherung Massenbetrieb und ihrem Wesen nach nicht für Sachverhalte bestimmt, die in großer Zahl auftreten. Die Selbsthilfemöglichkeiten des Hilfesuchenden brauchen daher durchaus nicht " einfach " feststellbar zu sein. Das wird gerade in dem hier behandelten Bereich der Selbsthilfe durch Arbeit durch das Bundessozialhilfegesetz selbst bestätigt. Wenn in den §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1 BSHG dem Sozialhilfeträger die Pflicht auferlegt ist, den Hilfesuchenden bei den Bemühungen um Arbeitsmöglichkeiten zu unterstützen und notfalls selbst eigene Arbeitsgelegenheiten zu schaffen (25), dem Hilfesuchenden es somit nicht allein überlassen bleibt, sich Arbeit zu suchen (26), zeigt sich, daß der Gesetzgeber selbst mit Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Arbeit und somit der Feststellung der tatsächlichen Arbeitsfähigkeit gerechnet hat, die er mit den Bestimmungen der §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1 BSHG abzumildern versucht hat.

## § 2 Die Auswirkungen auf die sozialhilferechtliche Behandlung von Arbeitsverweigerern mit seelischer Fehlhaltung

Die hier vertretene Ansicht, die Arbeitsfähigkeit des § 18 Abs. 1 BSHG nach der konkreten Betrachtungsweise zu beurteilen, gibt Anlaß, das Rechtsprechung und Literatur immer wieder beschäftigende Problem der sozialhilferechtlichen

---

(25) vgl. Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III, 2,a

(26) vgl. VG München ZfF 1966, S. (234) 235

Behandlung von Arbeitsverweigerern mit seelischer Fehlhaltung aufzugreifen und die bisher dazu vorgeschlagenen rechtlichen Lösungen zu überprüfen. Dabei soll von folgendem Sachverhalt ausgegangen werden, der dieser Fallgruppe in etwa zugrunde liegt (27) :

Die Betroffenen wandten sich an die jeweiligen Träger der Sozialhilfe, um Hilfe zum Lebensunterhalt zu erhalten. Die medizinischen Untersuchungen ergaben, daß die Hilfesuchenden nach medizinischen Gesichtspunkten, also im engeren, abstrakten Sinne, arbeitsfähig waren. Die ihnen von den Sozialhilfeträgern vermittelten oder angebotenen Arbeiten lehnten sie jedoch unter Hinweis auf eine angebliche Arbeitsunfähigkeit ab. Das beruhte darauf, daß sie gegenüber der Arbeit und der Arbeitsaufnahme eine seelische Fehlhaltung aufwiesen. Diese war allerdings nicht so stark, daß sie schon die abstrakte, nach vorwiegend medizinischen Gesichtspunkten zu beurteilende Arbeitsfähigkeit ausschloß. Das wäre nur dann der Fall, wenn die seelische Fehlhaltung ein solches Ausmaß hätte, daß der Hilfesuchende seine Hemmungen gegenüber der Arbeit auch bei zumutbarer Willensanspannung nicht zu überwinden in der Lage wäre (28) .

1. Kapitel Die Behandlung bis zur Entscheidung des  
BVerwG vom 31. Januar 1968

Bis zur Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

---

(27) siehe auch BVerwG NDV 1968, S. 136; OVG Berlin  
ZfSH 1971, S. 205, 206

(28) OVG Berlin ZfSH 1971, S. 208

vom 31. Januar 1968 (29) wurde in dem Verhalten des Hilfesuchenden, soweit ersichtlich, allgemein eine Arbeitsverweigerung gesehen (30), die die Verwirkung (31) des Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 25 Abs. 1 BSHG und die Berechtigung des Trägers der Sozialhilfe, die Hilfe zum Lebensunterhalt völlig zu versagen oder entsprechend zu kürzen, zur Folge hatte. Dennoch aber sollte die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt nicht völlig ausgeschlossen sein. Die Bestimmung des § 25 Abs. 1 BSHG würde zwar den Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt entfallen lassen, nicht aber die Hilfe selbst, ob als persönliche Hilfe oder als Hilfe in Form von Geld- oder Sachleistungen. Der Hilfesuchende könnte Hilfe zum Lebensunterhalt nicht beanspruchen, sie zu gewähren, wäre dem Träger der Sozialhilfe allerdings nicht verwehrt. Er könnte vielmehr nach seinem pflichtgemäßen Ermessen aus besonderen Gründen des Einzelfalles die bisherige Hilfe zeitweise voll, gekürzt, vorübergehend oder bis auf weiteres fortsetzen (32). Das führte dazu, daß der Träger der Sozialhilfe bei Arbeitsverweigerern mit seelischer Fehlhaltung im Wege des Ermessens zu prüfen hatte, ob trotz des Ausspruchsausschlusses nach § 25 Abs. 1 BSHG Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt werden konnte und sollte (33).

- 
- (29) BVerwGE 29, S. 99 = FEVS Bd. 15, S. 121 = DÖV 1968, S. 249 = NDV 1968, S. 136 = ZfSH 1968, S. 154 = DVBl 1968, S. 882 = Verw.Rspr. 19, S. 752
- (30) vgl. OVG Berlin ZfSH 1971, S. 205; Jehle ZfSH 1969, S. 471; Jehle ZfF 1968, S. 234
- (31) vgl. Keese § 25, 1; Albers S. 94; VG Freiburg ZfF 1968, S. (331) 332; vgl. auch BVerwG NDV 1962, S. (24) 25
- (32) OVG Berlin Soz.Arb. 1967, S. 326; OVG Berlin FEVS Bd. 15, S. (102) 106; Gottschick-Giese § 25 Anm. 4; Schellhorn-Jirasek-Seipp § 25 III, 1,d; Keese § 25,2; Oestreicher § 25 Rdnr. 4; Mergler § 25 Anm. 1; Albers S. 94; vgl. auch Nr. 100 Aus.Vorsch. zum BSHG, Berlin, bei Luber, Anh. A, S. 398 (6) ff; Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil 2 A 18, S. 231
- (33) vgl. Jehle ZfSH 1969, S. 471

## 2. Kapitel Die Bedenken gegen diese Lösung

Gegen diese Lösung der Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege pflichtgemäßen Ermessens unter Ausschluß des Rechtsanspruchs ergeben sich aber eine Reihe von Bedenken, denen hier nachgegangen werden soll.

### I Die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 11 Abs. 1 BSHG im Wege des Rechtsanspruches

Richtig ist zwar, daß § 25 Abs. 1 BSHG seinem Wortlaut nach den Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt ausschließt. Zu bedenken bleibt aber, daß die Bestimmung des § 11 Abs. 1 BSHG die Grundlage für die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt bildet. Hiernach wird in Verbindung mit der Bestimmung des § 4 BSHG Hilfe zum Lebensunterhalt ausschließlich im Wege des Rechtsanspruches gewährt, mindestens soweit es sich um Leistungen im Rahmen des § 12 BSHG handelt, um die es hier ja geht. Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 BSHG kann nicht dahin verstanden werden, daß der notwendige Lebensunterhalt im Wege des Rechtsanspruches gewährt werden muß, wenn es an Selbsthilfemöglichkeiten des Hilfesuchenden fehlt, jedoch immerhin im Wege pflichtgemäßen Ermessens gewährt werden kann, obwohl Selbsthilfemöglichkeiten vorhanden sind.

§ 11 Abs. 1 BSHG kennt somit lediglich eine Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege des Rechtsanspruches, nicht aber im Wege pflichtgemäßen Ermessens und kann daher auch nicht Grundlage für Ermessensleistungen sein.

## II Die gesetzliche Regelung der Kann-Leistungen

Wann Hilfe zum Lebensunterhalt nicht nur im Wege des Rechtsanspruches, sondern auch als Kann-Leistung gewährt werden kann, bestimmt das Bundessozialhilfegesetz selbst, und zwar in den §§ 11 Abs. 2, 11 Abs. 3 und 15a BSHG. Diese Bestimmungen sind aber nicht dazu geeignet, auf sie die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege des Ermessens zu stützen.

Die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 BSHG bezieht sich ausdrücklich nur auf den Einsatz des Einkommens und Vermögens, nicht aber auf die Beschaffung des notwendigen Lebensunterhaltes aus eigenen Kräften durch entsprechende Arbeitsleistung (34).

Bei der Bestimmung des § 11 Abs. 3 BSHG handelt es sich insofern um eine Erweiterung des § 11 Abs. 1 BSHG, als hier die Möglichkeit besteht, Hilfe zum Lebensunterhalt auch dann zu gewähren, wenn die Mittel des Hilfesuchenden zur Deckung seines Bedarfes ausreichen (35). Sind aber genug Mittel zur Befriedigung des Lebensunterhaltes vorhanden, handelt es sich bei den Hilfesuchenden, die nach § 11 Abs. 3 BSHG Hilfe erhalten, grundsätzlich um solche, die nach § 18 Abs. 1 BSHG der Arbeitspflicht gerade nicht unterliegen, da der Einsatz der Arbeitskraft ja zur Beschaffung des notwendigen Lebensunterhaltes gefordert wird. Folglich kann auch § 25 Abs. 1 BSHG in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung sein. Aus der weiteren Voraussetzung der Vorschrift des § 11 Abs. 3 BSHG, daß der Hilfesuchende einzelne für seinen Lebensunterhalt

---

(34) Gottschick-Giese § 11 Anm. 14

(35) Gottschick-Giese § 11 Anm. 16

erforderliche Tätigkeiten nicht verrichten kann, folgt zudem, daß die hier vorgesehenen Leistungen nicht materielle Leistungen für den notwendigen Lebensbedarf, sondern grundsätzlich solche der persönlichen Hilfe und Sachleistungen sind (36), die ohnehin nicht durch den Einsatz der Arbeitskraft abgedeckt werden können.

Die Vorschrift des § 15a BSHG schließlich bietet die Möglichkeit einer Erweiterung des Inhaltes der im Unterabschnitt 1 der Hilfe zum Lebensunterhalt im einzelnen aufgeführten Leistungen (37). Diese Regelung ermöglicht es also, in anderen als in den in § 11 BSHG geregelten Notlagen, etwa der Gefährdung der Unterkunft oder vergleichbaren Notlagen, ebenfalls Leistungen der Sozialhilfe als Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren. Keinesfalls kann die Bestimmung aber dahin verstanden werden, daß über sie Leistungen der in den §§ 11, 12 BSHG aufgeführten Art im Wege des Ermessens gewährt werden, wenn eine Hilfestellung über § 11 BSHG nicht möglich ist. Das würde die Gefahr einer Aushöhlung und der rechtlichen Bedeutungslosigkeit des § 11 BSHG zur Folge haben (38).

### III Der grundsätzliche Ausschluß von Ermessensleistungen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 BSHG

Wenn aber § 11 Abs. 1 BSHG die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes nur im Wege des Rechtsanspruches zuläßt,

---

(36) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 11 III, 6, a;

Gottschick-Giese § 11 Anm. 16

(37) Gottschick-Giese § 11 Anm. 14

(38) Gottschick-Giese § 15a Anm. 2

andererseits die Regelungen der §§ 11 Abs. 2, 11 Abs. 3 BSHG und § 15a BSHG nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Gewährung von Leistungen nach den §§ 11, 12 BSHG im Wege des Ermessens angesehen werden können, ergibt sich, daß es an einer positiven gesetzlichen Grundlage für die Gewährung der hier in Frage stehenden Leistungen im Wege des Ermessens fehlt, zumal § 25 Abs. 1 BSHG selbst nicht als Ermächtigungsnorm aufgefaßt werden kann. Schließt nun § 25 Abs. 1 BSHG den Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach den Bestimmungen der §§ 11, 12 BSHG aus, sind aber diese Hilfeleistungen nur aufgrund des Rechtsanspruches zu gewähren, muß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 BSHG jede Leistung der Hilfe zum Lebensunterhalt, auch im Wege des Ermessens, entfallen. Der Ausschluß des Anspruches in § 25 Abs. 1 BSHG genügt, um den grundsätzlichen Ausschluß auch von Ermessensleistungen herbeizuführen. Gewährt der Träger der Sozialhilfe insoweit dennoch Leistungen, können diese jedenfalls nicht als durch die Bestimmungen des BSHG gedeckt angesehen werden.

#### IV Die Grenzen des § 25 Abs. 1 BSHG

Der Ausschluß des Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt und damit grundsätzlich jeder Leistungsgewährung im Rahmen der §§ 11, 12 BSHG unterliegt allerdings gewissen Grenzen, die in jedem Falle der Versagung der Leistungen, also auch in diesem Zusammenhang, beachtet werden müssen.

Der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt entfällt nur dann in vollem Umfang, wenn durch zumutbare Arbeit ein zum Lebens-

unterhalt ausreichendes Einkommen erzielt werden könnte. Kann selbst bei Arbeitstätigkeit ein Teil des notwendigen Lebensunterhaltes nicht verdient werden, bleibt insoweit auch bei unberechtigter Arbeitsverweigerung der Anspruch auf Sozialhilfe bestehen. Denn Sozialhilfe ersetzt, was auch der Arbeitswillige nicht verdienen könnte (39).

Zudem erfassen die Bestimmungen der §§ 11 ff BSHG nicht nur Notlagen, die durch Geldleistungen abgedeckt werden können, sondern auch solche, denen durch bestimmte Sachleistungen oder Leistungen in Form persönlicher Hilfe entgegengesteuert werden muß, Soweit diese Bedarfslagen vom Hilfesuchenden nicht durch den Einsatz seiner Arbeitskraft gemeistert werden können, bleiben die dafür erforderlichen Leistungen vom Anspruchsausschluß nach § 25 Abs. 1 BSHG unberührt. Sie müßten zumeist auch dann erbracht werden, wenn der Hilfesuchende seiner Pflicht zur Arbeit nach § 18 Abs. 1 BSHG nachgekommen wäre.

Schließlich bleibt die gesetzlich normierte Schranke des § 25 Abs. 3 BSHG, nach der die unterhaltsberechtigten Angehörigen oder andere in Haushaltsgemeinschaft mit dem Hilfesuchenden lebenden Hilfeempfänger durch die Versagung der Hilfe soweit wie möglich nicht betroffen werden sollen. Diese Vorschrift beruht auf der Erfahrung, daß die Maßnahme der Versagung von Hilfe zum Lebensunterhalt meist zu Lasten der dort aufgeführten Personengruppen geht, indem der Arbeitsverweigerer von der Unterstützung für die Angehörigen oder die sonst in Haushaltsgemeinschaft mit ihm lebenden Personen mitlebt (40). Das würde nicht nur zu einer Verletzung der selbständigen Ansprüche des durch § 25 Abs. 3 BSHG

---

(39) vgl. VG Freiburg ZfF 1968, S. (331) 332;  
Jehle ZfSH 1969, S. 467

(40) vgl. Mertens S. 192; Schellhorn-Jirasek+Seipp  
§ 25 III, 7

geschützten Personenkreises führen, sondern auch zu einer im Gesetz nicht begründeten Haftung dieser Gruppe für den Arbeitsverweigerer (41). Ein Weg, um diese Konsequenz zu vermeiden, besteht darin, den durch § 25 Abs. 3 BSHG geschützten Personen die Geldleistungen unmittelbar zukommen zu lassen oder ihnen entsprechende Sachleistungen zu gewähren (42). Wo das aber nicht möglich ist oder nichts nutzen würde, muß dem Arbeitsverweigerer aufgrund der zwingenden (43) Vorschrift des § 25 Abs. 3 BSHG weiterhin direkt Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt werden. Die Bestimmung bewirkt also in diesen Fällen, daß der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt trotz Arbeitsverweigerung bestehen bleibt, allerdings im ausschließlichen Interesse und zum Schutz der dort genannten Personengruppen.

V Die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen von Ermessen außerhalb der §§ 11 ff BSHG und des Bundessozialhilfegesetzes

Das hier vertretene Ergebnis, der Ausschluß jeder Leistungsgewährung unter Beachtung der aufgeführten Grenzen, muß allerdings dann eine Korrektur erfahren, wenn es möglich ist, Hilfe zum Lebensunterhalt auch außerhalb der Vorschriften der §§ 11 ff BSHG und des Bundessozialhilfegesetzes im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens ohne den Rückgriff auf eine gesetzliche Norm zu gewähren. Damit ist das Problem vom Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungen gewährenden Verwal-

---

(41) vgl. BVerwG NDV 1968 S. (138) 139

(42) Gottschick-Giese § 25 Anm. 10

(43) vgl. Jehle ZfSH 1969, S. 474

tung angesprochen (44). Allerdings stellt es sich hier nicht in seiner grundsätzlichen Schärfe, sondern ist in diesem Zusammenhang auf die Frage der Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt außerhalb des BSHG reduziert. Dazu muß folgendes bedacht werden:

Das BSHG hat insoweit kodifikatorischen Charakter, als es das Gebiet der Sozialhilfe abschließend behandelt (45). Das bedeutet für die im Gesetz ausdrücklich benannten und sorgfältig durch Muß- und Kannleistungen geregelten Notlagen, daß deren Regelung abschließenden Charakter hat, und somit eine Hilfegewährung außerhalb des Gesetzes ausscheidet. Ob allerdings aus dem kodifikatorischen Charakter des BSHG nicht folgt, daß Hilfe nur in den im Gesetz ausdrücklich benannten Notlagen gewährt werden kann, eine Frage, mit der sich auch das Bundesverwaltungsgericht (46) beschäftigt hat, mag in diesem Zusammenhang auf sich beruhen. Hier jedenfalls handelt es sich um eine im Gesetz in den §§ 11 ff BSHG geregelte Notlage, die so genau wie möglich nach ihren Voraussetzungen und den zu erbringenden Muß- und Kannleistungen bestimmt ist. Wollte man Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt außerhalb dieses gesetzlich festgelegten Rahmens erbringen, bestünde die Gefahr der Aushöhlung und der rechtlichen Bedeutungslosigkeit der §§ 11 ff BSHG. Man käme auf diesem Wege in der Tat zu einer Blankettermächtigung für den Träger der Sozialhilfe, Hilfe zum Lebensunterhalt dann zu gewähren, wenn sie nach pflichtgemäßem Ermessen gerechtfertigt erscheint.

---

(44) zur grundsätzlichen Problematik vgl. Rupp, S. 113 ff

(45) vgl. Rupp S. 128; BVerwG NDV 1968, S. (302) 303;  
Giese NDV 1968, S. 93; Wolff § 138 III, 2

(46) vgl. BVerwG NDV 1968, S. 303

Gerade das ist die unweigerliche Konsequenz, wenn man bereit ist, den Ausführungen des OVG Berlin in seinem Urteil vom 15.12.1966 (47) zuzustimmen, worin es heißt:

" Aus der in § 1 Abs. 2 BSHG zum Ausdruck gebrachten Aufgabe der Sozialhilfe, den Hilfesuchenden durch die Hilfe in die Gemeinschaft einzugliedern, ihm die Führung eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen und ihn soweit wie möglich zu befähigen, unabhängig von der Hilfe zu leben, folgt, daß im Falle von Arbeitsverweigerung nur der Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt, nicht aber die Hilfe selbst, sei es als persönliche Hilfe, sei es als Geld- oder Sachleistung, ausgeschlossen ist. "

Hinzu kommt, daß die Aufgabe der Sozialhilfe zur Hilfestellung, wie sie das OVG Berlin kennzeichnet, doch jedenfalls nur für solche Fälle gelten kann, in denen es sich tatsächlich um echte, die Menschenwürde beeinträchtigende Notlagen handelt. Davon aber kann gerade dann nicht ausgegangen werden, wenn der Hilfesuchende unberechtigt vorhandene und zumutbare Arbeit ablehnt und sich somit der mit seiner Menschenwürde zu vereinbarenden (48) Pflicht, das Leben aus eigener Kraft zu gestalten, entzieht (49).

Schließlich vermag auch ein Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip eine Leistungsgewährung außerhalb des Gesetzes in diesen

---

(47) OVG Berlin Soz.Arb. 1967, S. 326

(48) Wolfrum S. 53

(49) vgl. auch Mertens S. 194, 195; Neubert ZfF 1961, S. 195, 196; Winkler ZfF 1958, S. 194 ff; BAH Bd. 88, S. 77; BVerwG FEVS Bd. 6, S. 250

Fällen nicht zu rechtfertigen. Ganz abgesehen davon, ob das Sozialstaatsprinzip eine volle, allerdings subsidiäre, verfassungsmäßige Garantie des notwendigen Lebensunterhaltes beinhaltet (50), müßte jedenfalls auch dann eine echte, anderweit nicht behebbare Notlage vorliegen (51), was in diesem Zusammenhang aber nicht zutrifft (52).

Somit muß es bei dem oben erzielten Ergebnis des Ausschlusses jeder Leistung unter Beachtung der genannten Grenzen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 BSHG bleiben.

#### VI Der Wortlaut der amtlichen Begründung als Argument

Die Vertreter der hier abgelehnten Ansicht stützen sich allerdings auf eine Stelle in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes (53), in der es folgendermaßen heißt:

" Nach dem Entwurf ist jedoch auch in einem solchen Falle die Gewährung von Hilfe nicht schlechthin ausgeschlossen. Je nach Lage des Falles kann eine besonders geartete oder vorübergehende Hilfe am Platze sein. Der Träger der Sozialhilfe soll die Möglichkeit haben, nach seinem Ermessen solchen Fällen mit wirksamen Mitteln zu begegnen. " (54)

Auffällig ist aber schon, daß die in der Begründung verwandten

---

(50) vgl. Wolff § 138 I, c,1; vgl. auch BSGE 10, S. (97) 100

(51) vgl. Wolff § 138 I, c,1

(52) vgl. auch Knopp-Fichtner § 25 Rdnr. 2; Gross NDV 1963, S. 527

(53) OVG Berlin Soz.Arb. 1967, S. 326; Gottschick-Giese § 25 Anm. 4

(54) vgl. Luber § 25 unter Materialien

Begriffe recht unklar und unbestimmt sind. Was als besonders geartete oder vorübergehende Hilfe anzusehen ist, welche Mittel wirksam sind, um diesen Fällen zu begegnen, ist nur schwer präzisierbar. Aus diesen Begriffen allerdings herauszulesen, daß damit auch die regulären Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt, insbesondere die für den notwendigen Lebensbedarf, gemeint sein sollen, erscheint doch sehr fragwürdig, zumal diesen Leistungen weder eine Besonderheit noch eine besondere Wirksamkeit zur Beseitigung der Arbeitsunwilligkeit des Hilfesuchenden anhaften. Näher liegt es, in der Begründung des Regierungsentwurfes eine Klarstellung zu erblicken und den Hinweis zu sehen, daß in den Fällen der Arbeitsverweigerung und -unwilligkeit ein ganz spezieller, besonders gearteter Bedarf des Hilfesuchenden bestehen kann, der vor allem durch persönliche Hilfe, Beratung und fürsorgliche Gespräche, oder durch ganz bestimmte Sachleistungen entsprechend den Erfordernissen jeden einzelnen Falles abgedeckt werden soll, um den Mitwirkungs- und Arbeitswillen des Hilfesuchenden zu wecken (55). Diese Art von Leistungen aber wird von dem Anspruchsausschluß des § 25 Abs. 1 BSHG auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht berührt, da diese Vorschrift nur die Gewährung der Leistungen, die der Hilfesuchende sich durch den Einsatz seiner Arbeitskraft selbst hätte beschaffen können, mithin der Leistungen zur Bestreitung des notwendigen Lebensbedarfes nach den §§ 12, 11 BSHG, ausschließt (56).

Unterstellt man aber einmal, die Begründung des Regierungsentwurfes müsse so verstanden werden, daß Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen der §§ 11, 12 BSHG weiterhin möglich sei, könnte die Begründung angesichts der gesetzlichen Regelung

---

(55) vgl. insoweit auch Gottschick-Giese § 1 Anm. 7

(56) vgl. vorne unter IV

so, wie sie hier verstanden wurde, dennoch keine Verbindlichkeit für sich beanspruchen. Eine Erwägung oder ein Schluß dahin, wenn schon eine Begründung gegeben werde, müsse sie auch zutreffen, ist jedenfalls unbeachtlich und abzulehnen (57). Maßgebend kann nur der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers sein, wie er sich aus Wortlaut und Sinnzusammenhang ergibt, nicht aber die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung einer Bestimmung (58).

Somit kann auch die amtliche Begründung nicht gegen die hier vertretene Auffassung angeführt werden.

#### VII Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 BSHG als Argument

Schließlich führen die Befürworter der hier abgelehnten Ansicht, daß § 25 Abs. 1 BSHG nur den Rechtsanspruch auf Hilfe, nicht aber die Hilfe selbst ausschließe, noch den Wortlaut der Bestimmung des § 26 Abs. 1 BSHG als Argument für ihre Meinung an. § 26 Abs. 1 BSHG gehe von der Notwendigkeit zur Gewährung von Lebensunterhalt trotz beharrlicher Weigerung zur Leistung zumutbarer Arbeit, das heißt, trotz Ausschlusses des Anspruches nach § 25 Abs. 1 BSHG, aus (59).

Damit aber ist die Frage nach dem eigentlichen Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 BSHG gestellt. Folgt man nämlich dem OVG Berlin, ergibt sich, daß der Personenkreis, der von der

---

(57) OVG Lüneburg ESOVG Bd. 16, S. (321) 329

(58) BVerfGE 1, S. 312; 8, 307

(59) OVG Berlin Soz.Arb. 1967, S. 326

Möglichkeit der Unterbringung in einer Arbeitseinrichtung betroffen sein kann, recht weit gezogen ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 BSHG können nach dieser Ansicht schon dann erfüllt sein, wenn einem Arbeitsverweigerer trotz des Ausschlusses seines Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt laufend Leistungen im Wege pflichtgemäßen Ermessens gewährt werden. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals " notwendig " kann danach auch bei Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege pflichtgemäßen Ermessens bejaht werden.

Diese Konsequenz ist aber nicht unzweifelhaft. Interessant ist, daß schon Noack (60) den Wortlaut der Bestimmung gerade insofern als etwas unklar bezeichnet, obwohl er hieraus keine weiteren Schlüsse zieht. Der Gebrauch des Wortes notwendig in § 26 Abs. 1 BSHG deutet nämlich eigentlich in eine andere Richtung. Diese Formulierung, wie sie aufgrund des Änderungsvorschlags des 9. Ausschusses (61) in das Gesetz Eingang gefunden hat, steht Wendungen wie " ist zu gewähren " oder " muß gewährt werden " viel näher als etwa der Formulierung " kann gewährt werden " und läßt sich, streng genommen, nur dann bejahen, wenn eine einem Anspruch korrespondierende Verpflichtung des Trägers der Sozialhilfe zur Gewährung von Hilfe besteht (62).

Entscheidende Schwierigkeiten und Bedenken gegen die Auffassung des OVG Berlin ergeben sich aber bei der Behandlung sogenannter alleinstehender Arbeitsverweigerer, also von Personen, die weder unterhaltsberechtignte Angehörige haben noch selbst in Haushaltsgemeinschaft mit anderen Hilfeempfän-

---

(60) DVBl 1962, S. (359) 360

(61) vgl. Luber unter Materialien zum BSHG, Anh. I, III, Ausschlußbericht vom 25.4.1961, Anh. 6037

(62) vgl. insofern auch Noack DVBl 1962, S. 360

gern leben, vgl. § 25 Abs. 3 BSHG. Ist für sie ebenfalls nur der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt ausgeschlossen, nicht aber die Hilfe selbst, ergibt sich auch für diese Personen die Möglichkeit der Unterbringung in einer Arbeitseinrichtung, falls der Träger der Sozialhilfe Leistungen im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens für notwendig erachten sollte. Auch dann lägen dem Wortlaut nach die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 BSHG vor. Bei einem solchen Ergebnis ergeben sich aber zwangsläufig erhebliche verfassungsrechtliche Probleme, die zu der mehrfach diskutierte Frage führen, ob nicht § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG verfassungswidrig ist, wenn er die Einweisung alleinstehender Arbeitsverweigerer in eine Arbeitseinrichtung zuläßt.

Diese Frage muß im wesentlichen unter Berücksichtigung des Art. 2 Abs. 2, S. 2 GG geprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen zur Verfassungswidrigkeit des § 73 Abs. 2 und 3 BSHG a.F. (63) und zur Verfassungsmäßigkeit des § 26 Abs. 1, 2. Alt. BSHG (64) herausgestellt, die Freiheit der Person sei ein so hohes Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden dürfe. Nach Auffassung des Gerichtes sind Eingriffe in dieses Rechtsgut in erster Linie zulässig, wenn sie dem Schutz der Allgemeinheit dienen. Als einen wichtigen Grund für eine Einschränkung der Freiheit der Person hat das Gericht neben solchen des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechtes auch den Schutz der Allgemeinheit vor vermeidbaren Kosten angesehen (65). Nach der Ansicht des Gerichtes dient § 26 Abs. 1, 2. Alt. BSHG gerade diesem Zwecke. Wenn sich ein Familienvater beharrlich weigere, zu arbeiten, und

---

(63) BVerfGE 22, S. (180) 218 ff

(64) BVerfG NDV 1971, S. 78 f

(65) BVerfG NDV 1971, S. 79

a.A. insofern Krasney DÖV 1968, S. 827

deshalb seine unterhaltsberechtigten Angehörigen aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden müßten, werde die Allgemeinheit mit vermeidbaren Kosten belastet. Hinzu komme, daß der Arbeitsverweigerer, der durch sein Verhalten den Lebensunterhalt seiner Familienangehörigen gefährde, Rechte Dritter im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG verletze. Folglich hält das Gericht die 2. Alt. des § 26 Abs. 1 BSHG für verfassungsmäßig (66).

Beide vom Gericht angeführten Gesichtspunkte können aber die Verfassungsmäßigkeit des § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG nicht rechtfertigen, soweit es hier um die Einweisung alleinstehender Arbeitsverweigerer in eine Arbeitseinrichtung geht.

Im Rahmen des § 26 Abs. 1, 2. Alt. BSHG kann dem Schutz der Allgemeinheit vor vermeidbaren finanziellen Belastungen in der Tat nur durch die Möglichkeit der Einweisung in eine Arbeitseinrichtung gedient werden. Zwar verliert der Arbeitsverweigerer nach § 25 Abs. 1 BSHG seinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt. Das vermag aber die Allgemeinheit nicht davor zu schützen, an den oder die Unterhaltsberechtigten des Arbeitsunwilligen laufende Hilfe zum Lebensunterhalt gewähren zu müssen, da diese gemäß § 11 Abs. 1, S. 1 BSHG einen eigenen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt haben (67), der durch die Arbeitsunwilligkeit des Unterhaltsverpflichteten nicht berührt wird. Im Rahmen des § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG reicht aber der Ausschluß des Anspruches des alleinstehenden Arbeitsverweigerers nach § 25 Abs. 1 BSHG

---

(66) ebenso OVG Hamburg NDV 1968, S. 26; Mertens S. 233; Knopp-Fichtner § 26 Rdnr. 2; Albers S. 107; a.A. Krasney DÖV 1968, S. 827, 828; Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt eV. zur Abschaffung der sozialhilferechtlichen Arbeitshausunterbringung in NDV 1970, S. 100 f

(67) BVerwG FEVS Bd. 15, S. 134; Krasney DÖV 1968, S. 826

und damit jeder Leistungsgewährung aus, um den Schutz der Allgemeinheit vor vermeidbaren Kosten sicher zu stellen. Diesem Gesichtspunkt wird gerade wesentlich und ausreichend durch die Regelung des § 25 Abs. 1 BSHG Rechnung getragen (68). Er kann somit im Rahmen des § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG, soweit es um alleinstehende Arbeitsverweigerer geht, keine Berücksichtigung mehr finden.

Es müßte daher schon ein anderes wichtiges Schutzgut der Allgemeinheit gefährdet oder verletzt sein, um eine Einweisung alleinstehender Arbeitsverweigerer in eine Arbeitseinrichtung nach § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG zu rechtfertigen, zumal auch eine Verletzung von Rechten Dritter im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG durch deren Verhalten nicht ersichtlich ist. Als solche Schutzgüter kämen unter Umständen polizeirechtliche oder strafrechtliche Gesichtspunkte in Betracht. Ganz abgesehen aber davon, daß derartige Gesichtspunkte in der Sozialhilfe, die ihrem Wesen nach Wiederbefähigung zu einem menschenwürdigen Leben darstellen soll, nicht im Vordergrund stehen können (69), wie sich auch an der Einschränkung der Zulässigkeit der Unterbringung nach § 26 BSHG gegenüber § 20 RFV zeigt, besteht auch kein Erfahrungssatz, daß alleinstehende Arbeitsverweigerer im Einzelfall oder generell eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen oder zur Kriminalität neigen. Mag das auch im Einzelfall einmal zutreffen, kann eine Einweisung in eine Arbeitseinrichtung nach § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG dennoch hierauf nicht gestützt werden. Sie würde nämlich einer nur möglichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbeugen und somit nur möglicherweise dem Schutz der Allgemeinheit

---

(68) vgl. Mertens S. 195

(69) vgl. Schellhorn-Jirasek-Seipp § 26 I; Knopp-Fichtner § 26 Rdnr. 1; Gottschick-Giese § 26 Anm. 8

dienen, was aber für die Zulässigkeit einer Unterbringung nicht ausreichen kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 18. Juli 1967 allerdings auch Eingriffe fürsorglicher Art für zulässig und als mit dem Wesensgehalt des Grundrechtes der Freiheit der Person vereinbar erachtet, wenn sie dem Schutze des Betroffenen selbst dienen, um ihn daran zu hindern, sich selbst größeren wirtschaftlichen oder persönlichen Schaden zuzufügen (70). Aber auch das kann eine Einweisung alleinstehender Arbeitsverweigerer in eine Arbeitseinrichtung nach § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG nicht rechtfertigen. Es besteht nicht denkbare Gefahr, daß der Betroffene sich selbst größeren wirtschaftlichen oder persönlichen Schaden zufügt. Zwar mag das im Einzelfall einmal möglich sein oder im Laufe der weiteren Entwicklung eintreffen, kann aber keinesfalls generell unterstellt werden. Würde ein alleinstehender Arbeitsscheuer nun in eine Arbeitseinrichtung eingewiesen, würde dies demnach also allenfalls möglicherweise seinem Schutze dienen. Ein solcher nur potentieller Schutz kann aber nicht ausreichen, um einen so schweren Eingriff in die Freiheit der Person durch die Unterbringung in einer Arbeitseinrichtung zu rechtfertigen und die Verfassungsmäßigkeit des § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG zu begründen (71).

Damit aber bleibt als alleiniger Grund für eine Einweisung alleinstehender Arbeitsverweigerer in ein Arbeitshaus, die Bereitschaft des Untergebrachten zu fördern, sich wieder als Glied der Gemeinschaft zu fühlen und zu betätigen, ihn an

---

(70) BVerfGE 22, S. 219

(71) vgl. auch Krasney DÖV 1968, S. 828

regelmäßige Arbeit zu gewöhnen und zu befähigen, sich den Lebensunterhalt in Zukunft selbst zu beschaffen (72). Bei einer Unterbringung aus diesen Gründen geht es aber allein um die Besserung des Betroffenen. Er soll mit Hilfe der Freiheitsentziehung zu einem geordneten Leben hingeführt und an regelmäßige Arbeit gewöhnt werden. Das aber kann, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 18.7.1967 ausgeführt hat (73), eine Freiheitsentziehung nicht rechtfertigen. Folglich müßte § 26 Abs. 1 BSHG in seiner ersten Alternative verfassungswidrig sein, wenn er die Einweisung auch alleinstehender Arbeitsverweigerer ermöglichte (74).

Es kommt noch ein weiteres hinzu. Leistet der Träger der Sozialhilfe an den alleinstehenden Arbeitsverweigerer Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege pflichtgemäßen Ermessens, werden dadurch gleichzeitig aber die tatbestandlichen Voraussetzungen der Unterbringung in einer Arbeitseinrichtung nach § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG erfüllt, könnte eine nunmehr erfolgende Einweisung gleichwohl nicht als zulässig erachtet werden. Auch die Unterbringung im Arbeitshaus unterliegt dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (75) und kann daher nur als äußerstes und letztes Mittel Anwendung finden (76). Da aber die Einweisung in eine Arbeitseinrichtung ein wesentlich schwerwiegenderer Eingriff in die Freiheit der Person ist als die Versagung der Hilfe zum Lebensunterhalt, erscheint die grundsätzliche Einstellung

---

(72) vgl. Amtl.Begr. zum Reg.Entw. bei Luber § 26, unter Materialien; Gottschick-Giese § 26 Anm. 8; Schellhorn-Jirasek-Seipp § 26 I

(73) BVerfGE 22, S. 219

(74) so Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt eV. in NDV 1970, S. 100; Krasney DÖV 1968, S. 828; im Ergebnis ebenso Mertens S. 233; Albers S. 107; Göppel S. 86, Fn. 22

(75) BVerfGE 22, S. 220

(76) BVerfG NDV 1971, S. 79 ; Schellhorn-Jirasek-Seipp § 26 I; Knopp-Fichtner § 26 Rdnr. 10

jeder Hilfe, auch im Wege pflichtgemäßen Ermessens, allein dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen (77). Wenn § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG nun dennoch die Unterbringung alleinstehender Arbeitsscheuer zuläßt, müßte er als mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar verfassungswidrig sein oder so ausgelegt werden, daß seine Anwendung bei dieser Personengruppe nicht in Frage kommt.

Dazu ist folgendes zu bedenken: Wie schon erwähnt, haben die Unterhaltsberechtigten einen eigenen und selbständigen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 11 Abs. 1 BSHG, der durch eine Arbeitsverweigerung des Unterhaltsverpflichteten nicht berührt wird (78). Auch wenn also der Anspruch des Arbeitsverweigerers nach § 25 Abs. 1 BSHG ausgeschlossen ist, muß den Unterhaltsberechtigten weiterhin Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege des Rechtsanspruches gewährt werden. Von dieser Rechtslage geht auch § 26 Abs. 1, 2. Alt. BSHG aus. Dann kann aber die für die zweite Alternative ebenfalls vom Gesetzgeber verwandte Formulierung der Notwendigkeit, den Unterhaltsberechtigten laufende Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren, in diesem Zusammenhang nicht etwa als Möglichkeit für den Träger der Sozialhilfe verstanden werden, Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege pflichtgemäßen Ermessens an die Unterhaltsberechtigten zu gewähren. Vielmehr kommt nur die Erbringung der sozialhilferechtlichen Leistungen im Wege des Rechtsanspruches nach § 4 BSHG in Betracht, so daß die Formulierung " notwendig " inhaltlich der Wendung " ist zu gewähren " entspricht. Denselben Begriff der Notwendigkeit nun im Rahmen der ersten Alternative des § 26 Abs. 1 BSHG anders, und zwar in einem weiteren Sinne, nämlich

---

(77) so auch Krasney DÖV 1968, S. 827; Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt in NDV 1970, S. 100

(78) vgl. Krasney DÖV 1968, S. 826; Jehle ZfF 1968, S. 234  
Gottschick-Giese § 11 Anm. 3; Schellhorn-Jirasek-Seipp  
§ 11 III, 2,a; Knopp-Fichtner § 11 Rdnr. 6

hierunter auch oder gerade die Gewährung von Ermessensleistungen, verstehen zu wollen, erscheint doch höchst fragwürdig. Richtig ist es vielmehr, dem Begriff in beiden Alternativen dieselbe Bedeutung zukommen zu lassen und ihn auch im Rahmen der ersten Alternative ausschließlich so zu verstehen, daß laufende Hilfe zum Lebensunterhalt nur dann notwendig ist, wenn sie im Rahmen eines Rechtsanspruches gewährt werden muß.

Diese Überlegungen rechtfertigen den Schluß, die Notwendigkeit der Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen des § 26 Abs. 1 BSHG nur dann zu bejahen, wenn der Anspruch des Arbeitsverweigerers trotz seiner Arbeitsunwilligkeit aufrecht erhalten werden muß, oder wegen der Arbeitsverweigerung die Ansprüche der Unterhaltsberechtigten befriedigt werden müssen. Damit wird allerdings der Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG erheblich eingeschränkt. Die Möglichkeit einer Einweisung alleinstehender Arbeitsscheuer nach dieser Vorschrift entfällt. Die erste Alternative der Bestimmung hat nur im Rahmen der gesetzlich normierten Schranke des § 25 Abs. 3 BSHG Bedeutung, das heißt dann, wenn der Anspruch des Arbeitsverweigerers im ausschließlichen Interesse und zum Schutz der dort genannten Personengruppen erhalten bleiben muß (79).

Damit entfällt die verfassungsrechtliche Problematik des § 26 Abs. 1, 1. Alt. BSHG, die sich mit der Einweisung alleinstehender Arbeitsverweigerer verbindet. Beschränkt man nämlich diese Alternative in der dargelegten Weise auf die Arbeitsscheuen, deren Anspruch im Interesse und zum Schutz der in § 25 Abs. 3 BSHG genannten Personen bestehen bleibt, erfüllt die dann mögliche Einweisung solcher Arbeitsverweigerer

---

(79) vgl. vorne unter IV

in ein Arbeitshaus die Voraussetzungen, unter denen das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 15. Dezember 1970 einen Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person des Art. 2 Abs. 2, S. 2 GG für zulässig erachtet hat (80). Einmal wird durch die Unterbringung im Arbeitshaus verhindert, daß Rechte im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG der in § 25 Abs. 3 BSHG geschützten Personengruppen, nämlich deren sozialhilferechtlichen Ansprüche, verletzt werden. Zudem bleibt der Träger der Sozialhilfe gezwungen, dem Arbeitsverweigerer wegen seines Verhaltens weiterhin Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren. Die Allgemeinheit wird also mit vermeidbaren Kosten belastet, denen durch die Einweisung der betreffenden Personen begegnet werden kann.

Zugleich ist das Argument aus § 26 Abs. 1 BSHG widerlegt, aus dem das OVG Berlin seine Ansicht herleiten will, daß § 25 Abs. 1 BSHG nur den Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt ausschließt, nicht aber die Hilfe selbst (81). Das Ergebnis bestätigt vielmehr die hier vertretene Ansicht, daß Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege des Ermessens bei Vorliegen der Voraussetzungen der Bestimmung des § 25 Abs. 1 BSHG grundsätzlich nicht in Frage kommen kann.

### 3. Kapitel Der Weg des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat den hier abgelehnten Weg der Erbringung von Leistungen im Wege des Ermessens nicht eingeschlagen, sondern neue, bis dahin nicht bekannte

---

(80) BVerfG NDV 1971, S. 79;  
vgl. auch Göppel S. 86

(81) OVG Berlin Soz.Arb. 1967, S. 326

Gedankengänge zu der Bestimmung des § 25 Abs. 1 BSHG entwickelt (82).

Das Gericht sieht in § 25 Abs. 1 BSHG nicht einen Verwirkungstatbestand, sondern in der Befugnis des Trägers der Sozialhilfe, die Hilfe zum Lebensunterhalt einzustellen oder zu kürzen, die Umschreibung eines Mittels, mit dem dem mangelnden Selbsthilfestreben des Hilfesuchenden begegnet werden könne, somit letztlich eine Hilfe. Die Anwendung dieses Mittels der Entziehung der Hilfe zum Lebensunterhalt sei nur dann zulässig, wenn es tauglich sei, das Ziel der Hilfe, den Hilfesuchenden unabhängig von Sozialhilfe zu machen, zu erreichen (83).

Mit diesen Ausführungen aber gibt das Bundesverwaltungsgericht der Vorschrift des § 25 Abs. 1 BSHG einen ganz anderen Anwendungsbereich und Rahmen, als das bisher vertreten wurde. Jeweils vor der Anwendung des § 25 Abs. 1 BSHG muß geprüft werden, ob das Mittel der Versagung von Hilfe tauglich ist, den damit vom Gesetz verfolgten Zweck zu erreichen. Stellt sich heraus, daß die Entziehung der Hilfe nicht tauglich ist, was das Gericht in den angegebenen Entscheidungen wegen der seelischen Fehlhaltung der Arbeitsverweigerer angenommen hat, kann das Mittel keine Anwendung finden. Vielmehr muß dann weiterhin Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen des Rechtsanspruches nach den Bestimmungen der §§ 11 Abs. 1, 4 BSHG gewährt werden.

Diesen Gedanken des Bundesverwaltungsgerichts haben sich Rechtsprechung und sozialhilferechtliche Literatur in

---

(82) vgl. BVerwGE 29, S. 99 ff; BVerwG NDV 1968, S. 169; BVerwGE 32, S. 362

(83) vgl. BVerwGE 29, S. 99 ff; BVerwG NDV 1968, S. 169

erheblichem Umfang angeschlossen (84). Teilweise wird allerdings daran festgehalten, daß § 25 Abs. 1 BSHG den Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt auch in diesen Fällen ausschließt. Da aber dann Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens in Frage kommen soll, wird es als ermessensfehlerhaft angesehen, wenn der Träger der Sozialhilfe die Hilfe verweigert, obwohl das Mittel der Versagung erkennbar untauglich ist, die Arbeitsbereitschaft und das Selbsthilfestreben des Hilfesuchenden zu fördern (85). Teilweise geht man aber noch über die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes hinaus und stellt es überhaupt in das pflichtgemäße Ermessen des Trägers der Sozialhilfe, ob er von § 25 Abs. 1 BSHG Gebrauch macht oder nicht (86).

#### 4. Kapitel Die Kritik an der Lösung des Bundesverwaltungsgerichts

Auch gegen diese Lösung der Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 25 Abs. 1 BSHG durch das Erfordernis der Tauglichkeit der Versagung oder Kürzung der Hilfe zum Lebensunterhalt zur Förderung des Selbsthilfestrebens des Hilfesuchenden ergeben sich eine Reihe von Bedenken.

##### I Der Wortlaut des § 25 Abs. 1 BSHG

Der Wortlaut des § 25 Abs. 1 BSHG spricht an und für sich

- 
- (84) Hess.VGH ESVGH 20, S. 186 ff; Perl ZfSH 1970, S. 70, 71; Eckhardt DÖV 1968, S. 869; Schellhorn-Jirasek-Seipp § 25 III, 1,d; a.A. Jehle ZfSH 1969, S. 471; kritisch Oestreicher § 25 Rdnr. 16
- (85) vgl. Gottschick-Giese § 25 Anm. 2
- (86) vgl. Knopp-Fichtner § 25 Rdnr. 2

eindeutig und zwingend eine den Hilfesuchenden benachteiligende Rechtsfolge bei Vorliegen einer Arbeitsverweigerung aus, nämlich den Verlust des Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt und damit jeder Leistungsgewährung. Das Gesetz fordert nicht, daß die Versagung von Hilfe zum Lebensunterhalt ihrerseits wiederum Hilfe und taugliches Mittel sein muß, den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu fördern und ihn damit von Sozialhilfe unabhängig zu machen (87). Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist somit nicht durch den Wortlaut der Bestimmung des § 25 Abs. 1 BSHG gedeckt.

## II Die Tauglichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Um dennoch die Auslegung, die das Gericht der Vorschrift gegeben hat, als vertretbar annehmen zu können, müßte es möglich sein, die Tauglichkeit der Versagung von Hilfe zum Lebensunterhalt als Mittel, das Selbsthilfestreben des Hilfesuchenden zu fördern, in den Tatbestand des § 25 Abs. 1 BSHG, etwa als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, hineinzulesen, um die Folgerung des Bundesverwaltungsgerichtes, daß es sich nicht um einen Verwirkungstatbestand handele, zu bejahen.

Einem solchen Unterfangen widerspricht jedoch, daß die Einstellung der Hilfe zum Lebensunterhalt entweder überhaupt nicht, nur selten oder nur möglicherweise ein Mittel sein kann, den Hilfesuchenden von Sozialhilfe unabhängig zu

---

(87) so auch Jehle ZfSH 1969, S. 471; vgl. auch Oestreicher § 25 Rdnr. 16

machen (88) (89), selbst wenn man einmal die Frage unberücksichtigt läßt, ob die Versagung von Hilfe tatsächlich Hilfe sein kann. Durch die Einstellung der Leistungen wird der Hilfesuchende doch primär in eine tatsächliche Zwangslage versetzt, nämlich vor die Notwendigkeit gestellt, sich seinen Lebensunterhalt selbst zu verschaffen. Ob eine solche Zwangssituation überhaupt dazu geeignet ist, Selbsthilfestreben zu erwecken oder zu stärken, ist schon fragwürdig. Jedenfalls aber hängt die tatsächliche Eignung dieser Zwangslage im Einzelfall von einer Fülle weiterer Faktoren und Imponderabilien ab, die den Schluß, das Mittel der Versagung von Hilfe sei tauglich, erschweren oder gar unmöglich machen. Die Beurteilung dieser Frage ist so unsicher, daß es zweifelhaft erscheint, sie zum entscheidenden Kriterium für die Anwendung oder Nichtanwendung des § 25 Abs. 1 BSHG machen zu wollen.

### III Der zentrale Gedanke des § 25 Abs. 1 BSHG

Eine endgültige Antwort auf die Frage, ob man der Auslegung des § 25 Abs. 1 BSHG durch das Bundesverwaltungsgericht zustimmen kann, läßt sich aber nur gewinnen, indem man auf den zentralen Gedanken, der die Bestimmung trägt, zurückgreift.

Die Mittel der Sozialhilfe werden aus allgemeinen Steuermitteln aufgebracht. Da Sparsamkeit und Vermeidung von Unbilligkeiten ein unbedingtes und berechtigtes Gebot für die Verteilung öffentlicher Mittel ist, läßt es sich mit Rück-

---

(88) so auch Jehle ZfSH 1969, S. 471

(89) Auf die negativen Auswirkungen der Ansicht des BVerwG in der Praxis und ihre fehlende Praktikabilität weist mit Recht Thierfelder (BldW 1968, S. 220) hin.

sicht darauf und auf die eigentlich Hilfsbedürftigen nicht rechtfertigen, daß Arbeitsfähige Unterstützung erhalten, obwohl für sie zumutbare Arbeitsmöglichkeiten vorhanden sind (90). Verweigern solche Hilfesuchende zumutbare Arbeit, verwirken sie ihren Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt (91). Dieser Gedanke steht hinter der Regelung des § 25 Abs. 1 BSHG, wie auch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift deutlich macht. Diese Bestimmung ist nämlich im Gegensatz zu § 13 RGr. strenger und schärfer gefaßt. Nach § 13 RGr. waren die Voraussetzungen der Hilfsbedürftigkeit bei Arbeits-scheu oder offenbar unwirtschaftlichem Verhalten auf das strengste zu prüfen, sowie Art und Maß der Fürsorge auf das zur Fristung des Lebens Unerläßliche zu beschränken. Die Bestimmung gestattete allerdings nicht die Verweigerung jeglicher Fürsorge (92), so daß es insbesondere bei der Verweigerung von Fürsorgearbeiten nach § 19 RFV unklar war, ob dem Hilfesuchenden die Unterstützung ganz gestrichen oder auch dann noch das zum Leben Unerläßliche gewährt werden mußte (93). Demgegenüber stellt die Vorschrift des § 25 Abs. 1 BSHG klar, daß ein Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nicht besteht, daß somit die völlige Versagung der Hilfe gerechtfertigt ist (94).

Neben diesem zentralen Gedanken der Verwirkung des Anspruches auf Sozialhilfe, wie er in der Fassung des § 25 Abs. 1 BSHG deutlich zum Ausdruck kommt, kann aber die Überlegung, daß die Versagung der Hilfe zum Lebensunterhalt zugleich taug-

---

(90) vgl. Mertens S. 195; Albers S. 93;  
Schellhorn-Jirasek-Seipp § 25 I

(91) vgl. Albers S. 94; Keese § 25, 1; VG Freiburg  
ZfF 1968, S. (331) 332; vgl. auch BVerwG NDV 1962,  
S. (24) 25

(92) Albers S. 94; BVerwGE 11, S. (252) 255; OVG Lüneburg  
FEVS Bd. 1, S. (174) 176

(93) vgl. etwa Winkler ZfF 1958, S. 194 ff; Neubert ZfF  
1961, S. 195 ff

(94) vgl. auch Mertens S. 189

liches Mittel sein soll, dem Hilfesuchenden zu helfen und ihn von Sozialhilfe unabhängig zu machen, keinen Bestand haben. Hätte der Gesetzgeber diesen Aspekt in den Vordergrund rücken und berücksichtigt wissen wollen, hätte er auch die Vorschrift des § 25 Abs. 1 BSHG wie die Bestimmungen der §§ 45 und 64 Abs. 2 BSHG als eine Kannvorschrift gefaßt.

Somit muß die Regelung des § 25 Abs. 1 BSHG entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes auch weiterhin als Verwirkungstatbestand, nicht aber als Mittel, den Hilfesuchenden von Sozialhilfe unabhängig zu machen, aufgefaßt werden.

#### IV Das fortlaufende Betreuungsverhältnis als Argument

Das Bundesverwaltungsgericht stützt seine Ansicht aber noch auf weitere Argumente, die in diesem Zusammenhang erörtert werden müssen.

Das Gericht geht davon aus, daß die Verweigerung einer Arbeit für sich allein den Träger der Sozialhilfe nicht berechtigt, den Hilfesuchenden aus seiner Obhut zu entlassen. Das folge einmal daraus, daß das Gesetz ausdrücklich Möglichkeiten nach § 20 Abs. 1 BSHG und im Rahmen der Eingliederungshilfe nach § 39 Abs. 2 BSHG geschaffen habe, die geeignet seien, mangelnder Arbeitsbereitschaft zu begegnen. Zudem bestünde die allgemeine Verpflichtung der Sozialhilfe, sich jeder die Menschenwürde bedrohenden Notlage ohne Rücksicht auf deren Ursache anzunehmen. § 25 Abs. 1 BSHG könne daher nicht so

verstanden werden, daß der Träger der Sozialhilfe bei Verweigerung der Arbeitsaufnahme, aus welchen Gründen auch immer, aller Betreuungsverpflichtungen ledig wäre. Es bleibe vielmehr seine grundsätzliche Verpflichtung, den einzelnen Fall unter Kontrolle zu halten, unberührt. Aus diesen Gründen könne auch § 25 Abs. 1 BSHG nicht als Verwirkungstatbestand angesehen werden (95).

Hierzu ist folgendes zu sagen: Daß der Träger der Sozialhilfe nicht berechtigt ist, den Arbeitsverweigerer aus seiner Obhut zu entlassen, und verpflichtet ist, den einzelnen Fall unter Kontrolle zu halten, ist richtig und steht mit dem hier Gesagten nicht in Widerspruch. Wie mehrfach ausgeführt, will die Regelung des § 25 Abs. 1 BSHG nur verhindern, daß der Hilfesuchende die materiellen Leistungen erhält, die er sich durch den Einsatz seiner Arbeitskraft selbst hätte beschaffen können. Alle anderen Bedarfslagen und Leistungen, etwa in Form persönlicher Hilfe und fürsorgerischer Gespräche, bleiben hingegen vom Ausschluss unberührt (96). Nicht gefolgt werden kann dem Bundesverwaltungsgericht allerdings darin, daß die weiterhin bestehende Betreuungsverpflichtung zu der Annahme zwingt, § 25 Abs. 1 BSHG könne nicht als Verwirkungstatbestand aufgefaßt werden. Der Gedanke der Verwirkung ist mit dem fortlaufender Obhut durchaus vereinbar, da sich die Verwirkung auf qualitativ andere Leistungen bezieht als die, die im Rahmen des Betreuungsverhältnisses zu erbringen sind. Verwirkung und Betreuung schließen sich nicht aus, sondern stehen nebeneinander.

---

(95) vgl. BVerwGE 29, S. 99 ff

(96) siehe vorne 2. Kap. unter IV und VI

## V Die Beurteilung des Einsatzes der Arbeitskraft im Sozialhilferecht als Argument

Indem man aber weiterhin § 25 Abs. 1 BSHG als Verwirkungstatbestand ansieht, wird in diesem Zusammenhang der Einsatz der Arbeitskraft dem Einsatz von Einkommen und Vermögen gleicherachtet, deren Vorhandensein den Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt und damit die entsprechenden Leistungen der Sozialhilfe nach den §§ 11 Abs. 1, 12 BSHG ebenfalls ausschließt. Das Sozialhilferecht hat sich aber im Laufe seiner geschichtlichen Entwicklung immer mehr von der Vorstellung der Arbeit als eines bloß wirtschaftlichen Faktors gelöst, der wie Einkommen und Vermögen geeignet ist, einer wirtschaftlichen Notlage zu begegnen. Es sieht vielmehr in der Aufnahme einer Arbeit ein vorzügliches Mittel, den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu unterstützen und ihm Gelegenheit zur Entfaltung seiner Persönlichkeit zu geben. Auch dieser Hintergrund rechtfertigt nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes die Ansicht, in § 25 Abs. 1 BSHG nicht einen Verwirkungstatbestand zu sehen, sondern ein Mittel, das Selbsthilfestreben des Hilfesuchenden zu fördern (97).

Es ist aber sehr fraglich, ob es gerade § 25 Abs. 1 BSHG ist, der dieser geschichtlichen Entwicklung in der Beurteilung der Verpflichtung zum Arbeitseinsatz Rechnung tragen soll, zumal es hier nicht primär um die Aufnahme einer Arbeit, sondern um die Frage der Kürzung oder Entziehung der Hilfe zum Lebensunterhalt geht. Die Erkenntnis, daß die Arbeit ein Mittel ist, den Hilfesuchenden von Sozialhilfe unabhängig zu machen, liegt zwar unbestreitbar dem BSHG zugrunde, aber

doch in einem anderen Bereich als dem des § 25 Abs. 1 BSHG.

Der Einsatz der Arbeitskraft hängt einmal vom Vorhandensein von Arbeitsplätzen ab, worauf der Hilfesuchende grundsätzlich keinen Einfluß hat, was vielmehr von der jeweiligen Wirtschafts- und Konjunkturlage, dem Stand der Automation und anderem abhängig ist. Weiterhin entscheiden über den Einsatz die subjektiven Gegebenheiten beim Hilfesuchenden, seine Fähigkeiten und seine sonstige Situation. Diese Faktoren sind vom Gesetzgeber im Unterabschnitt 2 der Hilfe zum Lebensunterhalt in den §§ 18, 19 und 20 BSHG berücksichtigt und verarbeitet worden. Hinter diesen Bestimmungen steht im Grunde der Gedanke, daß eine Pflicht zur Arbeit sinnvollerweise nur dann bestehen kann, wenn die in Aussicht genommene Arbeit ein taugliches Mittel ist, den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu unterstützen und ihn von Sozialhilfe unabhängig zu machen. Dies, und nicht, ob die Versagung von Hilfe tauglich sein kann, ist die entscheidende Frage, die sich der Träger der Sozialhilfe immer zu stellen hat, will er vom Hilfesuchenden den Einsatz der Arbeitskraft verlangen. Muß er sie verneinen, kann er nicht fordern, daß der Hilfesuchende arbeitet. Kann er dagegen die Frage bejahen, besteht für den Hilfesuchenden die Pflicht zur Arbeit, so daß er seinen Anspruch nach § 25 Abs. 1 BSHG verwirkt, wenn er seiner Pflicht nicht nachkommt.

Darin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zur sozialhilferechtlichen Behandlung von Einkommen und Vermögen. Werden beim Hilfesuchenden Einkommen und Vermögen festgestellt, wird von ihm der Einsatz dieser Mittel zur Bedarfsdeckung grundsätzlich verlangt, es sei denn, es liegen besondere Ausnahmegründe nach den §§ 77, 78 oder 88, 89 BSHG vor. Hier hat der Träger der Sozialhilfe nicht zu überlegen,

ob Einkommen oder Vermögen in irgendeiner Weise geeignet sind, den Hilfesuchenden von Sozialhilfe unabhängig zu machen. Seine Tätigkeit besteht ausschließlich darin, festzustellen, ob solche Mittel vorhanden sind und in welchem Umfange sie den geltend gemachten Anspruch ausschließen. Der Unterschied zwischen dem Einsatz der Arbeitskraft und dem von Einkommen und Vermögen liegt aber nicht darin, daß die Versagung von Hilfe nach § 25 Abs. 1 BSHG im Gegensatz zur Versagung von Hilfe bei vorhandenem Einkommen und Vermögen taugliches Mittel sein muß, den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu unterstützen.

#### 5. Kapitel Die Lösung des Problems der Arbeitsverweigerung bei seelischer Fehlhaltung

Geht man von der eben dargestellten Beurteilung des Einsatzes der Arbeitskraft im Bundessozialhilfegesetz aus, deutet sich bereits an, wo die rechtliche Lösung des Problems der Arbeitsverweigerung bei seelischer Fehlhaltung liegt.

Will der Träger der Sozialhilfe von einem Hilfesuchenden, der eine seelische Fehlhaltung gegenüber der Arbeit aufweist, den Einsatz seiner Arbeitskraft verlangen, kann er das nur, wenn die in Aussicht genommene Arbeit ein taugliches Mittel ist, auch diesen Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu unterstützen und ihn von Sozialhilfe unabhängig zu machen. Damit aber rückt die Frage des Auffindens eines zumutbaren Arbeitsplatzes in den zentralen Mittelpunkt des Bemühens des Sozialhilfeträgers. Die seelische Fehlhaltung bedingt, daß meist nur besonders ausgesuchte, überwachte oder geschützte Tätigkeiten, bisweilen verbunden mit Arbeitstherapie, in Betracht kommen, um den Hilfesuchenden in das

Arbeitsleben einzugliedern (98). Daß es im Grunde um das Problem der Wahl des Arbeitsplatzes geht, wird auch durch die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes bestätigt, wonach das Mittel der Versagung oder Kürzung der Hilfe zum Lebensunterhalt jedenfalls dann tauglich sein soll, wenn es in Verbindung mit der Auswahl einer den persönlichen Verhältnissen des Hilfesuchenden Rechnung tragenden Arbeitsstelle Erfolg verspricht (99).

Handelt es sich aber um die Frage des Auffindens und Aufsuchens eines zumutbaren Arbeitsplatzes, geht es gleichzeitig um das Problem der Arbeitskraft, da die Bejahung der tatsächlichen Leistungsfähigkeit von dem Vorhandensein eines freien zumutbaren Arbeitsplatzes abhängt (100). Die Schwierigkeiten bei Hilfesuchenden mit einer seelischen Fehlhaltung gegenüber der Arbeit liegen somit darin, ob im Einzelfall von der konkreten Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden kann, nicht aber darin, ob gerade für sie das Mittel der Kürzung oder Entziehung von Hilfe zum Lebensunterhalt tauglich ist, sie in ihrem Selbsthilfestreben zu fördern.

Bei einer Weigerung solcher Hilfesuchender, Arbeit aufzunehmen, ergibt sich danach folgendes:

Solange, wie in den vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fällen, ein den besonderen Verhältnissen des Hilfesuchenden Rechnung tragender Arbeitsplatz nicht vorhanden ist, ist er, da tatsächlich nicht leistungsfähig, insoweit und solange arbeitsunfähig, bis sich eine entsprechende Arbeit findet. Der Verwirkungstatbestand des § 25 Abs. 1 BSHG

---

(98) vgl. auch BVerwGE 29, S. 99 ff

(99) vgl. BVerwG NDV 1968, S. 138

(100) siehe vorne unter § 1, 3. Kap. II

kann in diesen Fällen nicht eingreifen, da seine Anwendbarkeit die Arbeitsfähigkeit des Hilfesuchenden voraussetzt (101). Wird die Hilfe zum Lebensunterhalt dennoch vom Träger der Sozialhilfe versagt oder gekürzt, ist diese Entscheidung nicht etwa deshalb fehlerhaft, weil die Bedeutung des § 25 Abs. 1 BSHG als Mittel zur Förderung verkannt (102), sondern weil der Hilfesuchende irrtümlich für arbeits- und leistungsfähig gehalten wurde. Die Versagung oder Kürzung der Hilfe beruht dann aber entscheidend auf einer Verkennung der Bestimmungen der §§ 18 Abs. 1 und 18 Abs. 3 BSHG. Eine gewisse Bestätigung dieser Auffassung findet sich auch in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27. August 1969 (103), wo das Gericht zwar noch auf seine Entscheidung vom 31. Januar 1968 (104) Bezug nimmt, jedoch nicht mehr von einer Verkennung der Bedeutung des § 25 Abs. 1 BSHG, sondern von einer möglichen Verkennung des § 18 Abs. 3 BSHG spricht.

Ist hingegen ein den Verhältnissen des Hilfesuchenden entsprechender Arbeitsplatz vorhanden, kann somit angenommen werden, daß die Aufnahme der Arbeit den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben fördert, muß die Leistungsfähigkeit des Betreffenden bejaht werden, so daß der Träger der Sozialhilfe bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen den Verwirkungstatbestand des § 25 Abs. 1 BSHG anzuwenden und die Hilfe zu versagen oder zu kürzen hat.

---

(101) vgl. OVG Berlin ZfSH 1971, S. 212

(102) vgl. BVerwGE 29, S. 99 ff

(103) BVerwGE 32, S. (362) 364

(104) BVerwGE 29, S. 99 ff

§ 3 Die Auswirkungen auf die Bewertung der Verweigerung  
amtsärztlicher Untersuchungen und der Meldung  
beim Arbeitsamt

Wird die Arbeitsfähigkeit des § 18 Abs. 1 BSHG nach der konkreten Betrachtungsweise beurteilt, gibt das Anlaß, auch das Problem der Verweigerung ärztlicher Untersuchungen und der Meldung beim Arbeitsamt aufzugreifen und neu zu überprüfen. Auch hier wenden sich Hilfesuchende an den Träger der Sozialhilfe, weigern sich jedoch, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zur Feststellung ihrer medizinischen Arbeitsfähigkeit zu unterziehen oder sich beim Arbeitsamt zu melden, damit dieses ihnen einen zumutbaren Arbeitsplatz vermitteln kann. Die rechtlichen Schwierigkeiten bestehen darin, wie diese Verhaltensweisen sozialhilferechtlich bewertet werden sollen und welchen Einfluß sie auf die Ansprüche des Hilfesuchenden nach § 11 Abs. 1 BSHG haben können.

1. Kapitel Der Stand von Rechtsprechung und Literatur

Mit den genannten Problemen haben sich Rechtsprechung und Literatur des öfteren befassen müssen, dabei jedoch recht unterschiedliche Lösungsvorschläge gemacht.

Schellhorn und Mertens (105) sehen in der unberechtigten Verweigerung einer amtsärztlichen Untersuchung eine mittelbare Arbeitsverweigerung, mithin eine Verletzung der

---

(105) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 25 III, 1,a; Mertens S. 190, 191; Mertens NDV 1966, S. 44

Arbeitspflicht, die den Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 25 Abs. 1 ESHG ausschließt. Die Rechtsprechung wertet dieses Verhalten hingegen weniger als Verletzung der Arbeitspflicht, sondern vielmehr als Verstoß gegen die nach § 115 Abs. 1 BSHG bestehende Pflicht des Hilfesuchenden, bei der Feststellung seines Bedarfes mitzuwirken (106), während Jehle (107) in der Verhaltensweise einen Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten nach § 115 Abs. 1 BSHG, bei erschwerenden Begleitumständen aber, etwa bei einer hartnäckigen und wiederholten Weigerung, auch eine Arbeitsverweigerung nach § 25 Abs. 1 BSHG sieht.

Die Verweigerung einer Meldung beim Arbeitsamt wird hingegen überwiegend als mittelbare Arbeitsverweigerung und somit als Verletzung der Arbeitspflicht nach den §§ 18, 25 Abs. 1 BSHG aufgefaßt (108), während das OVG Berlin in seinem Urteil vom 29.6.1967 (109) vorwiegend auf eine Verletzung der Mitwirkungspflicht nach § 115 Abs. 1 BSHG abgestellt hat.

## 2. Kapitel Die Bedenken gegen die Anwendung des § 25 Abs. 1 BSHG

Die entscheidende Frage besteht darin, ob die Weigerung des

- 
- (106) BVerwG NDV 1966, S. 251; OVG Münster NDV 1968, S. 199;  
OVG Berlin ZfSH 1971, S. 211  
(107) Jehle ZfSH 1969, S. 467, 468  
(108) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 25 III, 1, a; Mertens  
S. 190, 191; Jehle ZfSH 1969, S. 467, 468;  
Gottschick-Giese § 25 Anm. 2; Knopp-Fichtner  
§ 18 Rdnr. 6; Bay. VGH FEVS Bd. 15, S. (14) 16;  
OVG Lüneburg FEVS Bd. 12, S. (257) 260; vgl. auch  
BVerwG NDV 1962, S. 24; LVG Hannover ZfSH 1960, S. 106  
(109) OVG Berlin FEVS Bd. 15, S. (102) 105

Hilfesuchenden, sich der amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen oder sich beim Arbeitsamt zu melden, von vorneherein einer Arbeitsverweigerung so gleichwertig ist, daß sich die Anwendung des § 25 Abs. 1 BSHG und damit der automatische Wegfall des Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt rechtfertigt.

Bevor das beantwortet werden kann, sei noch einmal wiederholt, daß nur den die Folge des § 25 Abs. 1 BSHG treffen kann, der arbeitspflichtig ist. Arbeitspflichtig im Rahmen des § 18 Abs. 1 BSHG ist nach dem bisher Gesagten aber nur, wer tatsächlich arbeits- und leistungsfähig ist, was nach der konkreten Betrachtungsweise das Vorhandensein eines zumutbaren Arbeitsplatzes, mit dem der Hilfesuchende seine Notlage steuern könnte, zur Voraussetzung hat.

Was nun die ärztliche Untersuchung über den Gesundheits- und Kräftezustand des Hilfesuchenden angeht, hat sie allein die Frage der medizinischen Arbeitsfähigkeit zum Gegenstand. Die Frage nach der tatsächlichen Arbeits- und Leistungsfähigkeit berührt sie nur insofern, als ihre Verneinung gleichzeitig den Ausschluß der tatsächlichen Leistungsfähigkeit zur Folge hat, oder anders gewendet, ihre Bejahung Vorbedingung für die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Hilfesuchenden ist. Für letztere ist sie zwar eine sehr wesentliche Bedingung, jedoch spielen andere Faktoren wie Zumutbarkeit und Vorhandensein eines Arbeitsplatzes eine ebenso wichtige Rolle.

Ähnliches muß von der Meldung beim Arbeitsamt gesagt werden. Zwar hat das Arbeitsamt aufgrund seines gesetzlichen Auftrages, Arbeitsmarktforschung zu betreiben, § 3 Abs. 2, S.2 AFG, einen besonderen Überblick über die Lage auf dem

Arbeitsmarkt und ist somit die am besten geeignete Stelle zur Auffindung von Arbeitsplätzen. Die Meldung beim Arbeitsamt führt jedoch nicht automatisch zum Angebot eines zumutbaren Arbeitsplatzes. Konjunkturelle und wirtschaftliche Gründe, verbreitete Arbeitslosigkeit, auch Gründe in der Person des Hilfesuchenden wie Alter oder teilweise medizinische Arbeitsunfähigkeit können das Auffinden eines Arbeitsplatzes durch das Arbeitsamt erheblich verzögern oder gar auf lange Zeit unmöglich machen. Eine Meldung beim Arbeitsamt und die entsprechende Erfassung eröffnen und erweitern also lediglich die Möglichkeiten der Arbeitsvermittlung im Einzelfall. Keineswegs aber begründet die Meldung beim Arbeitsamt die tatsächliche Arbeitsfähigkeit und somit die Arbeitspflicht nach § 18 Abs. 1 BSHG. Dafür müssen weitere Faktoren wie eben das Vorhandensein eines zumutbaren Arbeitsplatzes vorliegen.

Somit kann man das Verhalten des Hilfesuchenden als solches nicht als eine, auch nicht mittelbare, Erfüllung des Tatbestandes des § 25 Abs. 1 BSHG auffassen, und die Verweigerung der Meldung beim Arbeitsamt oder der ärztlichen Untersuchung nicht als Arbeitsverweigerung qualifizieren. Wollte man es dennoch tun, müßte man schon eine Erklärung für folgende Schwierigkeit finden. Selbst wenn nämlich der Hilfesuchende den entsprechenden Aufforderungen des Trägers der Sozialhilfe nachgekommen wäre und sich der amtsärztlichen Untersuchung unterzogen oder sich beim Arbeitsamt gemeldet hätte, und dabei seine medizinische Arbeitsfähigkeit festgestellt worden oder seine Erfassung als Arbeitssuchender erfolgt wäre, hätte dies auf seinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 11 Abs. 1 BSHG keinerlei Auswirkungen, wenn gar kein Arbeitsplatz für ihn vorhanden wäre, oder etwa soziale Gründe nach § 18 Abs. 3 BSHG einer Arbeits-

aufnahme entgegenstünden. Unter solchen Umständen kann sich mithin auch eine Weigerung des Hilfesuchenden, den Aufforderungen des Sozialamtes nachzukommen, garnicht auf den Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt auswirken, weil der Hilfesuchende schon objektiv, gleich wie er sich verhält, die Notlage nicht durch Arbeitsaufnahme steuern kann. Alles andere würde bedeuten, nicht nur die Regelung des § 18 Abs. 3 BSHG, sondern auch die objektive Unmöglichkeit für den Hilfesuchenden, seine Notlage aus eigenen Kräften zu beseitigen, zu überspielen. Er trüge das volle Risiko und die Folgen eines möglichen Scheiterns einer Arbeitsvermittlung, was nicht richtig sein kann, wenn etwa gar keine Möglichkeit der Arbeitsaufnahme wegen fehlender Arbeitsplätze bestand. Für eine solche Konsequenz lassen sich aber keine überzeugenden Erklärungen oder Argumente finden. Eine Lösung dieser Schwierigkeiten läge nur darin, den Versuch einer einheitlichen Bewertung der Verhaltensweisen als Arbeitsverweigerung nach § 25 Abs. 1 BSHG aufzugeben und jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung aller weiteren Faktoren zu prüfen, ob das Verhalten des Hilfesuchenden einer Arbeitsverweigerung gleichgewichtig erscheint, um dann gegebenenfalls von § 25 Abs. 1 BSHG Gebrauch zu machen.

### 3. Kapitel Der Weg über § 115 Abs. 1 BSHG

Richtiger erscheint allerdings folgender Weg. Nach § 115 Abs. 1 BSHG hat der Hilfesuchende die Pflicht, bei der Feststellung seines Bedarfes mitzuwirken, soweit ihm dies zumutbar ist. Die Mitwirkungspflicht bezieht sich auf alle Umstände, die für die Gewährung der Hilfe im Einzelfall maßgebend sind, vor allem auf die Feststellung der Voraussetzungen für die einzelnen Hilfearten (110).

---

(110) vgl. Gottschick-Giese § 115 Anm. 2

Im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt bedeutet das folgendes. Ein sozialhilferechtlicher Bedarf besteht unter anderem dann nicht, wenn der Hilfesuchende tatsächlich arbeitsfähig ist und somit seiner Notlage selbst entgegensteuern kann. Voraussetzung dafür ist aber, daß der Hilfesuchende auf seine medizinische Arbeitsfähigkeit überprüft wird, und die Möglichkeiten seiner Arbeitsvermittlung über das Arbeitsamt ermittelt werden. Da zur ärztlichen Untersuchung die Zustimmung des Hilfesuchenden Voraussetzung ist, und die Möglichkeiten der Arbeitsvermittlung durch seine Meldung beim Arbeitsamt als Arbeitssuchender festgestellt werden können, muß die Verweigerung solcher Mitwirkung grundsätzlich als Verletzung seiner Pflicht nach § 115 Abs. 1 BSHG bewertet und eingestuft werden, wenn nicht besondere Gründe der Unzumutbarkeit entgegenstehen.

Damit wird zugleich erreicht, daß das jeweilige Verhalten des Hilfesuchenden nicht von Fall zu Fall verschieden, sondern von vorneherein einheitlich bewertet werden kann.

#### 4. Kapitel Die Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflichten

Welche Folgen sich aber aus der Feststellung der Verletzung der Mitwirkungspflichten nach § 115 Abs. 1 BSHG ergeben, ist unklar, da das Gesetz selbst diese Frage nicht ausdrücklich regelt (111).

---

(111) vgl. Gottschick-Giese §115 Anm. 2

I Die Bestimmung des § 115 Abs. 1 BSHG als  
Beweislastregel

Das OVG Berlin hat in seiner Entscheidung vom 29.6.1967 (112) ausgeführt, den Hilfesuchenden treffe die Gefahr der Beweislast (Feststellungslast) für den Rechtsanspruch auf Sozialhilfe, wenn er sich der Mitwirkungspflicht entziehe. Zu einem entsprechenden Ergebnis kommt Dahlinger (113). Er unterscheidet zwischen den gesetzlich geregelten Fällen, in denen Hilfe zu gewähren ist, und denen, in denen Hilfe gewährt werden soll oder kann. Sofern Hilfe zu gewähren ist, und um diese Fälle geht es ja hier, kann nach seiner Meinung Hilfe allein aufgrund der verweigerten Mitwirkung nicht versagt werden. Das wäre nur möglich, wenn eine solche Folge im Gesetz selbst festgelegt wäre, was jedoch nicht der Fall sei. Vielmehr müsse dann, wenn sich aufgrund der Weigerung nicht ermitteln ließe, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Hilfe vorlägen, sich das Verhalten des Hilfesuchenden entsprechend den Regeln über die Beweislastverteilung zu seinen Ungunsten auswirken. Die Regeln über die Beweislastverteilung seien zwar für den Verwaltungsprozeß entwickelt worden, aber im Verwaltungsverfahren entsprechend anwendbar, wenn der Sachverhalt von der Verwaltungsbehörde trotz des Officialgrundsatzes nicht genügend aufgeklärt werden könne und daher rechtserhebliche Tatsachen nicht erweislich blieben (114).

Diese Lösung kann aber nur dann richtig sein, wenn man zwei Prämissen, die sie zur Voraussetzung hat, bejaht, nämlich

---

(112) FEVS Bd. 15, S. (102) 105

(113) NJW 1962, S. 1131; zustimmend auch Desch S. 134

(114) vgl. NJW 1962, S. 1131, Fn. 15

einmal, daß es sich bei § 115 Abs. 1 BSHG, mindestens was die Folgen angeht, um eine die materielle Beweislast betreffende Vorschrift handelt, zum zweiten, daß die objektive Beweislast außerhalb des § 115 Abs. 1 BSHG grundsätzlich den Träger der Sozialhilfe trifft, da sich die für den Hilfesuchenden ungünstige Folge der Verletzung der Mitwirkungspflicht in Gestalt der Überbürdung der materiellen Beweislast auf ihn ohnehin ergäbe, wenn er auch sonst die objektive Beweislast zu tragen hätte.

Dazu ist aber folgendes zu sagen: Die im Abschnitt 10 unter Verfahrensbestimmungen stehende Vorschrift des § 115 Abs. 1 BSHG ist eine Bestimmung, die sich ausschließlich mit den Mitwirkungspflichten des Hilfesuchenden im Verwaltungsverfahren beschäftigt. Zwar mag es sein, daß es auch im Verwaltungsverfahren eine materielle Beweislast gibt, und hier die allgemein für den Verwaltungsprozeß entwickelten Regeln über deren Verteilung gelten (115), eine Frage, der in diesem Zusammenhang jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden braucht. Stellt man nämlich auf die für den Verwaltungsprozeß entwickelten Regeln ab, ist es für diesen Bereich herrschende Meinung, daß sich aus der Verletzung von Mitwirkungspflichten im Prozeß nicht die Folge der Überbürdung der materiellen Beweislast auf den Betroffenen ergibt, sondern sein Verhalten, entsprechend dem in § 444 ZPO entwickelten allgemeinen Rechtsgedanken, allenfalls im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt und daraus ein ihm eventuell nachteiliger Schluß gezogen werden kann (116).

---

(115) so Wolff § 156 IV, c,2; Dahlinger NJW 1957, S. 620; Deppe S. 114; vgl. auch Krüger DÖV 1956, S. 554; Tietgen S. 21

(116) BVerwGE 10, S. (270) 272; Sacklowski S. 28; Auer S. 7, Fn. 3; kritisch Tietgen S. 76 ff

Überträgt man das auf das Verwaltungsverfahren, könnte der Träger der Sozialhilfe allenfalls im Rahmen seiner Sachverhaltsermittlungen den Umstand der Verletzung der Mitwirkungspflicht berücksichtigen und daraus im Einzelfall dem Hilfesuchenden nachteilige Schlüsse ziehen. Mit einer Regelung der materiellen Beweislast zuungunsten des Hilfesuchenden aufgrund der Verletzung des § 115 Abs. 1 BSHG hätte diese Folge aber nichts zu tun. Schon daraus folgt, daß es sich bei dem § 115 Abs. 1 BSHG, soweit es um die Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht geht, nicht um die Überbürdung der objektiven Beweislast auf den Hilfesuchenden handeln kann (117), so daß sich in diesem Zusammenhang eine nähere Untersuchung der Frage, ob im allgemeinen die Behörde die Beweislast im Sozialhilferecht trägt, erübrigt (118).

## II Der Ausschluß des Anspruches auf Sozialhilfe

Es bleibt das Problem, ob sich die Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht in § 115 Abs. 1 BSHG tatsächlich nur in der Möglichkeit des Trägers der Sozialhilfe erschöpfen, aus dem Verhalten des Hilfesuchenden diesem nachteilige Schlüsse zu ziehen (119), oder ob die Folge der Verletzung nicht eine weitergehende sein muß, nämlich die Möglichkeit des Ausschlusses des Anspruches auf Sozialhilfe.

Gegen die letztgenannte Möglichkeit läßt sich nicht zwingend anführen, daß der Gesetzgeber des BSHG dort, wo eine Verletzung von Pflichten in Frage steht, jeweils durch

---

(117) vgl. auch BVerwG NDV 1965, S. 342

(118) vgl. hinten unter Vierter Abschnitt

(119) vgl. etwa Hess.VGH FEVS Bd. 9, S. (132) 135

ausdrückliche Bestimmung geregelt hätte, ob und inwieweit ein Ausschluß des sozialhilferechtlichen Anspruches in Frage kommt. Zwar finden sich im BSHG derartige Regelungen, so etwa in den §§ 25, 45 64 Abs. 2, 67 Abs. 4, 136 Abs. 2 BSHG. Daraus aber den Gegenschluß zu ziehen, die Verletzung anderer Mitwirkungspflichten als der in den genannten Bestimmungen geregelten könne nicht zum Anspruchsausschluß führen, erscheint bedenklich. Es kann dem Gesetzgeber sehr wohl auch um eine besondere Hervorhebung und Betonung der Möglichkeit des Anspruchsausschlusses in so gewichtigen Fällen gegangen sein, daß er diese in ihren Voraussetzungen und Folgen einer ganz genauen Regelung unterworfen hat (120). Das aber ließe die Möglichkeit offen, auch in anderen Fällen zu einem Ausschluß des sozialhilferechtlichen Anspruches im Einzelfall zu gelangen, wobei sich das Fehlen einer genauen gesetzlichen Regelung daraus erklären ließe, daß der Gesetzgeber angesichts der Vielfalt der für den Hilfesuchenden und den Hilfeempfänger in Frage kommenden Mitwirkungspflichten und der besonderen Umstände im konkreten Einzelfall auf eine abstrakte, notwendigerweise aber unvollständige Regelung verzichtet hat.

Eine Lösung dieses Problems läßt sich aber nur gewinnen, wenn man auf die besondere Eigentümlichkeit des sozialhilferechtlichen Verhältnisses, insbesondere des sozialhilferechtlichen Anspruches, abstellt.

Die Einräumung und Gewährung des sozialhilferechtlichen Anspruches ist Ausfluß und Vollzug tragender Prinzipien des sozialen Rechtsstaates, nämlich der Achtung der

---

(120) vgl. auch Schellhorn-Jirasek-Seipp § 1 III, 2,c

Menschenwürde und der sozialstaatlichen Verpflichtung der Staatsgemeinschaft (121). Die Mittel und Aufwendungen für die Sozialhilfe sind jedoch ausschließlich solche der Allgemeinheit. Der Hilfesuchende und der Hilfeempfänger haben sich im Gegensatz zur Sozial- und Arbeitslosenversicherung den Anspruch nicht durch irgendwelche Eigenleistungen erworben oder gesichert. Mit Rücksicht auf diesen Ursprung der sozialhilferechtlichen Mittel besteht ein starkes Interesse der Allgemeinheit an Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und höchstmöglicher Effizienz (122) des Einsatzes der Mittel. Diese Prinzipien stehen grundsätzlich neben denen der Menschenwürde und der sozialstaatlichen Verpflichtung und prägen wie diese Bestehen, Inhalt und Umfang des sozialhilferechtlichen Anspruches. Unter diesem Aspekt müssen die im Bundessozialhilfegesetz zahlreich niedergelegten Mitwirkungspflichten, und zwar sowohl die speziellen in den §§ 18, 45, 64 Abs. 2 und 67 Abs. 4 BSHG als auch die allgemeinen in den §§ 1 Abs. 2, S. 2, 115 Abs. 1 BSHG, als Instrumentarium verstanden werden, das mindestens auch diesen Interessen der Allgemeinheit an Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Mittel dienen soll.

Verzögert oder vereitelt nun ein Hilfeempfänger durch sein Verhalten den Erfolg einer Heilbehandlung, oder macht ein Hilfesuchender die Beurteilung seiner Bedürftigkeit, der Art oder des Umfanges der in Frage kommenden Hilfe zunichte, verletzt er damit nicht nur seine Mitwirkungspflicht, sondern auch die genannten Interessen der Allgemeinheit. Das aber muß sich in weiterem oder geringerem Ausmaß auf Bestehen, Inhalt und Umfang des Sozialhilfeanspruches auswirken,

---

(121) vgl. BVerwGE 1, S. 159 ff

(122) vgl. allgemein zu diesen Grundsätzen staatlichen Handelns Isensee S. 299 ff, 311 ff

da dieser von den angeführten Prinzipien mitgeprägt wird.

Die berechnigte Folgerung daraus ist aber, daß sich die Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflichten nach § 115 Abs. 1 BSHG nicht lediglich in der Berechnigung des Trägers der Sozialhilfe erschöpfen, dem Hilfesuchenden nachteilige Schlüsse zu ziehen, sondern daß sehr wohl der Anspruch auf Sozialhilfe im Einzelfall ausgeschlossen sein kann.

Dieses Ergebnis wird auch überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertreten, wobei allerdings verschiedene Formulierungen gewählt werden, die aber in der Sache keine grundsätzlichen Unterschiedlichkeiten aufweisen. So meinen etwa Gottschick und Giese (123) im Anschluß an die amtliche Begründung (124), der Hilfesuchende könne sich in solchen Fällen nicht auf seinen Anspruch berufen, während das Bundesverwaltungsgericht (125) davon spricht, bei einer Verletzung der Pflicht des § 115 Abs. 1 BSHG könne womöglich Sozialhilfe versagt werden.

### III Die Grenzen des Anspruchsausschlusses

Wann und in welchem Umfang ein solcher Anspruchsausschluß nun in Frage kommt, muß, auch soweit es um die hier erörterten Verhaltensweisen der Verweigerung einer ärztlichen

---

(123) Gottschick-Giese § 115 Anm. 2

(124) vgl. amtl.Begr. bei Luber unter Materialien-Allgemeine Bestimmungen, A II, 6

(125) BVerwG NDV 1965, S. 342; vgl. auch Schellhorn-Jirasek-Seipp § 115 III, 1,c; Knopp-Fichtner § 115 Rdnr. 4

Untersuchung oder der Meldung beim Arbeitsamt geht, den besonderen Umständen des Einzelfalles und der jeweiligen Art und Schwere der Verletzung von Mitwirkungspflichten überlassen bleiben. Hier kann nur noch ermittelt werden, wo die Grenzen der Versagung oder des Anspruchsausschlusses als Folge der Verletzung des § 115 Abs. 1 BSHG liegen.

Auch hier bestehen Unklarheiten. Das OVG Münster hat in seiner Entscheidung vom 18.5.1967 (126) bereits aus der alleinigen Tatsache des Vorliegens der Pflichtverletzung nach § 115 Abs. 1 BSHG das Entfallen des Anspruches auf Leistungen der Sozialhilfe gefolgert, während das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen betont, daß die Verletzung der Pflicht nach § 115 Abs. 1 BSHG, allein für sich genommen, nicht zum Verlust des Anspruches auf Sozialhilfe führt (127).

Da aber auch den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes nicht genau zu entnehmen ist, welche weiteren Faktoren hinzukommen müssen, um den Anspruch entfallen zu lassen, bedarf die Frage einer näheren Untersuchung.

Eine Antwort darauf läßt sich nur aus Sinn und Zweck der Regelung des § 115 Abs. 1 BSHG entnehmen.

Wie schon erwähnt, ist es für den Träger der Sozialhilfe oftmals nicht möglich, von sich aus, ohne die Hilfe des Hilfesuchenden, zu ermitteln, ob und in welchem Umfang Leistungen der Sozialhilfe in Frage kommen. Aus diesem Grund statuiert § 115 Abs. 1 BSHG die Pflicht, mitzuwirken, um die

---

((126) NDV 1968, S. 199, 200; vgl. auch OVG Münster FEVS Bd. 5, S. 173

(127) vgl. BVerwG Soz.Arb. 1970, S. 554; BVerwG NDV 1966, S. 251; NDV 1965, S. 342

Feststellung des erforderlichen Bedarfes zu ermöglichen. Auswirkungen auf den Anspruch auf Sozialhilfe kann eine Verletzung der Mitwirkungspflicht nur und nur insoweit haben, als durch das Verhalten des Hilfesuchenden die Feststellung des Bedarfes nicht erreicht werden kann, sie also für die Behörde objektiv unmöglich gemacht wird. Nicht die Tatsache der Verletzung der Mitwirkungspflicht allein, sondern nur die daraus resultierende Unmöglichkeit, zu ermitteln, ob und in welchem Umfang Leistungen der Sozialhilfe in Frage kommen, kann den Ausschluss zuungunsten des Hilfesuchenden rechtfertigen.

Ins Positive gewendet, ergeben sich folgende Grenzen des Ausschlusses:

Der Anspruch ist dann nicht ausgeschlossen, wenn der Träger der Sozialhilfe auf anderem Wege als der Mitwirkung des Hilfesuchenden den aufklärungsbedürftigen Sachverhalt ermitteln kann. Das Sozialamt hat die Pflicht, alle zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen, um auch ohne die Mitwirkung des Hilfesuchenden die für den sozialhilferechtlichen Bedarf wichtigen Feststellungen zu treffen (128).

Das bedeutet bei einer Weigerung, Angaben über Einkommen und Vermögen zu machen, im Rahmen des Möglichen die tatsächlichen Verhältnisse des Hilfesuchenden durch Auskünfte nach den §§ 116, 117 BSHG festzustellen. Ergibt sich auf diesem Wege die soziale Bedürftigkeit, muß die Weigerung, mitzuwirken, außer Betracht bleiben. Vernachlässigt das Sozialamt seine Pflicht, auch ohne die Mitwirkung des Hilfesuchenden zu versuchen, den entscheidungserheblichen Sachverhalt aufzuklären,

---

(128) vgl. BVerwG Soz.Arb. 1970, S. 554

steht das einem Anspruchsausschluß zuungunsten des Hilfesuchenden entgegen.

Das bedeutet für die Verweigerung einer amtsärztlichen Untersuchung, im Rahmen des Möglichen gutachterliche Äußerungen der den Hilfesuchenden behandelnden Ärzte anzufordern oder auch vom Betreffenden selbst vorgelegte privatärztliche Gutachten zu verwerten (129). Lassen sich daraus etwa Schlüsse auf das Vorliegen medizinischer Arbeitsunfähigkeit ziehen, kann die Verweigerung der amtsärztlichen Untersuchung keinen Nachteil für den Hilfesuchenden haben (130).

Der Anspruch bleibt ferner unberührt, wenn sich aus anderen Umständen ergibt, daß trotz Nichtaufklärbarkeit eines Umstandes der sozialhilferechtliche Bedarf des Hilfesuchenden besteht.

Das ist etwa im Bereich des Einsatzes von Einkommen und Vermögen von Bedeutung, wenn sich aufgrund des Verhaltens des Hilfesuchenden nicht aufklären läßt, ob Mittel vorhanden sind, diese Mittel jedenfalls aber, wenn sie vorhanden wären, nach §§ 77, 78 oder 88 BSHG für die Beurteilung des Bedarfes außer Ansatz bleiben müßten.

Im Rahmen der hier in Frage stehenden Verhaltensweisen der Verweigerung einer amtsärztlichen Untersuchung oder der Meldung beim Arbeitsamt hat das Bedeutung, wenn Arbeitsplätze aus konjunkturellen oder sonstigen Gründen überhaupt nicht zur Verfügung stehen, oder Hinderungsgründe nach § 18 Abs. 3 BSHG vorliegen, die die Arbeit unzumutbar machen. Auch hier bleibt der Anspruch trotz der Verletzung der Mitwirkungspflicht unberührt.

---

(129) vgl. BVerwG Soz.Arb. 1970, S. 554

(130) vgl. auch BVerwG NDV 1966, S. 251

DRITTER ABSCHNITT: DIE PRÄZISIERUNG DER ARBEITSKRAFT DES  
§ 18 ABS. 1 BSHG NACH DEN ARTEN DER  
IN FRAGE KOMMENDEN ERWERBSARBEITEN

§ 1 Die Zumutbarkeit der Erwerbsarbeiten

Nachdem im vorigen Abschnitt die Arbeitskraft des § 18 Abs.1 BSHG im Sinne einer tatsächlichen Arbeits- und Leistungsfähigkeit verstanden wurde, bleibt noch, den Begriff näher nach den Arten der für den Hilfesuchenden infrage kommenden Erwerbsarbeiten, nach denen seine Arbeitsfähigkeit beurteilt wird, zu präzisieren. Dabei sei aber von vorneherein betont, daß die letzte Entscheidung dieser Frage den konkreten Umständen jeden Einzelfalles vorbehalten bleiben muß (1). In diesem Zusammenhang können daher nur einige wichtige Grundsätze und Regelmäßigkeiten herausgearbeitet werden.

1. Kapitel Der Maßstab der Zumutbarkeit

Fragt man danach, welche Arten von Erwerbsarbeiten für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit maßgeblich sind, ergeben sich aus dem Bundessozialhilfegesetz selbst Hinweise, von denen die Bestimmung des § 18 Abs. 3 BSHG zunächst am wichtigsten erscheint. Hiernach kann der Hilfesuchende nur auf solche Arbeiten verwiesen werden, die für ihn zumutbar sind. Was im einzelnen unter den verschiedenen Alternativen

---

(1) Gottschick-Giese § 18 Anm. 4

dieser Vorschrift zu verstehen ist, ist im wesentlichen durch Literatur und Rechtsprechung geklärt worden (2), so daß sich ein näheres Eingehen hierauf erübrigt. Hier soll nur folgendes betont werden :

Ausgangspunkt der Sozialhilfe ist die individuelle Notlage des Menschen, in der er Schaden an seiner Menschenwürde zu nehmen droht, wenn ihm nicht die Allgemeinheit zur Hilfe kommt (3). Ziel der Sozialhilfe ist die Befähigung des Hilfesuchenden, ein Leben zu führen, das seiner Würde entspricht, § 1 Abs. 2 BSHG. Die Aufgaben der Sozialhilfe bestehen aber nicht darin, dem Hilfesuchenden einen in der Vergangenheit erreichten Besitzstand, ein einmal genossenes soziales oder persönliches Ansehen und Prestige zu garantieren, oder die Voraussetzungen für die Wiederherstellung solcher Positionen zu schaffen. Richtschnur und Maßstab der Sozialhilfe ist nicht die Vergangenheit, sondern allein die gegenwärtige Lage und die Zukunft des Hilfesuchenden.

Unter diesem Aspekt müssen die Selbsthilfemöglichkeiten beurteilt werden. Für die Selbsthilfe durch Arbeit bedeutet das, daß Maßstab für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit grundsätzlich nicht die in der Vergangenheit liegenden beruflichen Positionen sein können. Maßstab für Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit kann nur sein, daß der Hilfesuchende sich durch die in Aussicht genommene Arbeit aus seiner Notlage befreien und in Zukunft ein angemessenes, seiner Würde entsprechendes Leben führen kann. Dieser Maßstab (4) steht

---

(2) vgl. die ausführlichen Übersichten bei Mertens S. 178 ff; Albers S. 79 ff

(3) vgl. BVerwG NDV 1965, S. 342; NDV 1969, S. 146

(4) vgl. auch Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III, 3,c; Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 9; Mertens S. 179; Albers S. 82; BVerwG NDV 1963, S. 237

hinter der Regelung des § 18 Abs. 3 BSHG und prägt die Auslegung seiner verschiedenen Alternativen.

## 2. Kapitel Die Regelung des § 18 Abs. 3, 2. Alt. BSHG

Allerdings scheint die Regelung des § 18 Abs. 3, 2. Alt. BSHG von dem eben genannten Maßstab abweichen zu wollen. Nach dieser Vorschrift ist nämlich eine Arbeit dann unzumutbar, wenn dem Hilfesuchenden die künftige Ausübung seiner bisherigen überwiegenden Tätigkeit wesentlich erschwert würde.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich aber nur scheinbar um eine Ausnahme. Zwar muß die bisher überwiegend ausgeübte Tätigkeit berücksichtigt werden. Das geschieht aber nicht aus dem Grunde, diese in der Vergangenheit liegende Position abzusichern. Die zweite Alternative des § 18 Abs. 3 BSHG kann vielmehr nur eingreifen, wenn zu erwarten ist, daß der Hilfesuchende nach seinen subjektiven Fähigkeiten und den objektiven Möglichkeiten imstande sein wird, die bisher ausgeübte Arbeit nach einer je nach Lage des Einzelfalles zu bemessenden und überschaubaren Zeitspanne wiederaufzunehmen (5) und daraus seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Kann eine solche Entwicklung des Falles erwartet werden, ist die Möglichkeit des Hilfesuchenden, in naher Zukunft seiner bisher ausgeübten Tätigkeit in einer seinen Lebensbedarf deckenden Weise nachzugehen, der sicherste und beste Weg, ihm ein Leben unter Wahrung seiner Würde zu eröffnen und ihn nachhaltig von Sozialhilfe unabhängig zu machen.

Um diesen Weg nicht zu gefährden, kommen nach § 18 Abs. 3,

---

(5) vgl. auch Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil 2 A 18, S. 210

2. Alt. BSHG solche Arbeiten nicht in Betracht, die zwar momentan die gegenwärtige Notlage beseitigen helfen, sich aber als wesentliche Hindernisse für die Wiederaufnahme der bisher ausgeübten Tätigkeit darstellen. Somit bleiben auch in dieser Vorschrift die gegenwärtige Notlage und die Zukunft des Hilfesuchenden Anknüpfungspunkt und Maßstab.

### 3. Kapitel Die Auswirkungen auf die in Not geratenen Selbständigen

Die bisherigen Ausführungen haben nicht unerhebliche Bedeutung für die sozialhilferechtliche Behandlung von in Not geratenen selbständigen Berufstätigen. In der Praxis kommt es häufiger vor, daß z.B. ein selbständiger Kaufmann oder Handwerker, dessen Gewerbe trotz ständigen Bemühens keinen oder so wenig Gewinn abwirft, daß der Betroffene nicht über ein Einkommen verfügt, das den eigenen Lebensbedarf oder den seiner Angehörigen sichert, einen Antrag auf Hilfe zum Lebensunterhalt stellt. Dabei ergibt sich die Frage nach dem Einsatz seiner Arbeitskraft und insbesondere, unter welchen Voraussetzungen ihm eine Arbeit, etwa als unselbständiger Kaufmann oder Handwerker oder ganz außerhalb seines erlernten Berufes, zuzumuten ist.

#### I Die grundsätzliche Frage nach dem Arbeitseinsatz

Die grundsätzliche Frage nach dem Einsatz der Arbeitskraft eines solchen Hilfesuchenden scheint zunächst insoweit erschwert, als der Betreffende ja in seinem Gewerbebetrieb

arbeitet mit dem Ziel, Einkünfte zur Sicherung des Lebensunterhaltes zu erzielen, und nur das gewünschte Ergebnis in Form von Gewinn ausbleibt. Jedoch kann nicht schon aus diesem Grunde die Verpflichtung zum Einsatz der Arbeitskraft verneint werden. Das wäre nur dann möglich, wenn der Betreffende bereits einer Erwerbsarbeit nachginge und somit seine Arbeitskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 BSHG einsetzte. Unter Erwerbsarbeit, wie der Begriff hier gebraucht und verstanden wurde (6), kann im Sozialhilferecht aber nur eine Tätigkeit verstanden werden, durch die sich Einkünfte wie Lohn, Verdienst oder sonstiger Gewinn erzielen lassen (7). Arbeiten, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, müssen außer Betracht bleiben. Daher scheiden unentgeltliche oder auch Tätigkeiten in einem selbständigen Gewerbe aus, soweit sich hieraus kein Gewinn erzielen läßt. Der Einsatz der Arbeitskraft in § 18 Abs. 1 BSHG wird nämlich nicht als Selbstzweck gefordert, sondern, um die bestehende wirtschaftliche Notlage durch Erzielung von den Lebensunterhalt sichernden Einkünften zu beseitigen. Das ist aber nur möglich, wenn der Hilfesuchende mit seiner Arbeit tatsächlich Einkommen erzielt. Wollte man hingegen unter Erwerbsarbeiten auch solche verstehen, die tatsächlich kein Einkommen erbringen, würde man das Risiko wirtschaftlicher Erfolglosigkeit einer Arbeit der Allgemeinheit aufbürden, da diese die wirtschaftlichen Folgen mißglückter Experimente durch Aufbringung entsprechender Mittel der Sozialhilfe über ihre im Bundessozialhilfegesetz verankerte Einstandspflicht zu tragen hätte.

---

(6) vgl. vorne unter Erster Abschnitt, § 2, 3. Kap., III

(7) vgl. die ähnliche Formulierung des BSG im Rahmen der RVO:

" Erwerbstätigkeiten sind nur solche Tätigkeiten (Arbeiten), durch die sich Einkünfte (Lohn, Verdienst oder sonstiger "Gewinn") erzielen lassen; eine unentgeltliche Arbeit ist keine Erwerbsarbeit. " (BSGE 29, S. 263, 264, 265; 19, S. 147)

Kann aber eine Arbeit, durch die sich kein den Lebensunterhalt sicherndes Einkommen erzielen läßt, nicht als Erwerbsarbeit angesehen werden, kann auch nicht vom Einsatz der Arbeitskraft des Hilfesuchenden bereits durch diese Arbeit gesprochen werden. Der Hilfesuchende setzt seine Erwerbsfähigkeit in einer der Bestimmung des § 18 Abs. 1 BSHG genügenden Weise nur dann ein, wenn und insoweit er einer Erwerbsarbeit nachgeht, nicht aber, wenn er andere Arbeiten als Erwerbsarbeiten verrichtet (8). Für die Frage der Arbeitspflicht nach § 18 Abs. 1 BSHG muß daher die bisherige erfolgreiche Tätigkeit des Kaufmannes oder Handwerkers insoweit außer Betracht bleiben.

## II Die Berücksichtigung der bisher überwiegend ausgeübten Tätigkeit

Berücksichtigung findet sie dann allerdings insoweit, als bei der Prüfung, welche Erwerbsarbeit für den Betreffenden in Frage kommt, darauf geachtet werden muß, dem Hilfesuchenden die künftige Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit nicht wesentlich zu erschweren, falls sie seine bisher überwiegende Tätigkeit war, § 18 Abs. 3, 2. Alt. BSHG.

Dabei kann aber nach dem eben herausgearbeiteten Maßstab für die Zumutbarkeit in § 18 Abs. 3 BSHG nicht einfach die bisherige Tätigkeit als Kaufmann oder Handwerker in ihrer Erfolglosigkeit zugrundegelegt werden. Vielmehr muß erwartet werden können, daß der Hilfesuchende nach den objektiven Möglichkeiten und seinen subjektiven Fähigkeiten in Zukunft

---

(8) vgl. auch vorne unter Erster Abschnitt, § 2, 3. Kap., III

in der Lage sein wird, aus seiner bisher erfolglosen selbständigen Arbeit ein auskömmliches Einkommen zu erzielen. Es muß also sichergestellt sein, daß der Hilfesuchende seine bisherige Tätigkeit in Zukunft als Erwerbsarbeit wird ausüben können. Dazu aber bedarf es im Einzelfall umfangreicher und gründlicher Analysen über Struktur, Organisation, Umsatz- und Gewinnmöglichkeiten des Gewerbes sowie über die Geeignetheit und die Fähigkeit des Hilfesuchenden zur Führung eines selbständigen Gewerbes. Stellt sich etwa seine persönliche Unfähigkeit heraus, wird er einer Zuweisung etwa von unselbständiger Arbeit in seinem erlernten Beruf oder einer anderen Tätigkeit im Einzelfall nicht mit dem Hinweis auf die Unzumutbarkeit einer solchen Arbeit begegnen können, weil feststeht, daß ihm auch in Zukunft die Erzielung eines ausreichenden Einkommens in einem selbständigen Gewerbe nicht gelingen wird. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn etwa für das in dem Gewerbe angebotene Warensortiment oder die angebotenen Dienstleistungen auf dem Markt in Zukunft keine Absatzchancen bestehen, oder der Betrieb nur unter Verlusten arbeiten kann, weil die eigenen Kosten zu hoch sind und wegen drückender Konkurrenz nicht durch höhere Preise aufgefangen werden können.

Die Zuweisung anderer Arbeit an den in Not geratenen Selbständigen wird somit im Einzelfall nur dann unzumutbar sein und gegen die Bestimmung des § 18 Abs. 3, 2. Alt. BSHG verstoßen, wenn es sich um eine vorübergehende und behebbare Krise des Gewerbes handelt (9).

---

(9) im Ergebnis übereinstimmend vgl. Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III, 3,c; Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 9; Mertens S. 179; Albers S. 81

#### 4. Kapitel Die Unterschiede zum Kreis der im Rahmen der Berufsunfähigkeit in Frage kommenden Arbeiten

An dem oben im Rahmen des § 18 Abs. 3 BSHG herausgearbeiteten Maßstab der Zumutbarkeit zeigt sich deutlich, wie unterschiedlich der Kreis der für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nach § 18 Abs. 1 BSHG in Frage kommenden Arbeiten gegenüber dem Kreis der Arbeiten sein kann, auf den sich der Versicherte in der Rentenversicherung verweisen lassen muß. Die RVO stellt im Rahmen des § 1246 ebenfalls auf die Zumutbarkeit der Tätigkeiten für die Beurteilung der Berufsunfähigkeit ab. Nach § 1246 Abs. 2, S. 2 RVO umfaßt der Kreis der Arbeiten, nach denen die Erwerbsfähigkeit des Versicherten zu beurteilen ist, alle Tätigkeiten, die seinen Kräften und Fähigkeiten entsprechen und ihm unter Berücksichtigung der Dauer und des Umfanges seiner Ausbildung sowie seines bisherigen Berufes und der besonderen Anforderungen seiner bisherigen Berufstätigkeit zugemutet werden können, während die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit im Rahmen des § 1247 RVO sich allerdings nicht nach solchen Zumutbarkeitsgesichtspunkten richtet (10).

Durch die Begrenzung der in Frage kommenden Arbeiten auf zumutbare Tätigkeiten soll verhindert werden, daß der Versicherte gezwungen ist, Arbeiten auszuüben, die ein wesentlich geringeres Ansehen genießen oder eine wesentliche wirtschaftliche Verschlechterung gegenüber der bisherigen Tätigkeit bedeuten (11). Anliegen des § 1246 Abs. 2 RVO ist

---

(10) vgl. BSGE 19, S. (147) 149, 150

(11) BSGE 9, S. (254) 258; Wannagat S. 271

es somit, dem Versicherten einen " sozialen Abstieg " zu ersparen (12).

Die Verhinderung des sozialen Abstieges ist Ausgangspunkt und Auslegungsmaßstab für die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, die in § 1246 RVO das Urteil über die Zumutbarkeit erlauben. Damit aber wird die in der Vergangenheit innegehabte berufliche, soziale und wirtschaftliche Stellung des Versicherten für die Beurteilung der Berufsunfähigkeit entscheidend und bestimmt nachhaltig den Kreis der Tätigkeiten, auf die der Versicherte verwiesen werden kann.

Das aber ist, wie schon erwähnt, im Rahmen des § 18 Abs. 1, Abs. 3 BSHG nicht der Fall. Hier geht es nicht um die Verhinderung eines sozialen Abstiegs, sondern allenfalls, wenn man das Wort in diesem Zusammenhang gebrauchen will, um die Möglichkeit eines sozialen Aufstiegs. Damit aber kann der Kreis der in Frage kommenden Arbeiten im Einzelfall gänzlich verschieden sein, von dem, wie er für die Beurteilung der Berufsunfähigkeit von Bedeutung ist.

Neben die wesensmäßigen Unterschiede zwischen Sozialhilfe und Rentenversicherung (13) treten somit auch erhebliche Unterschiede in Konstruktion und Auslegungskriterien der verschiedenen Tatbestände, so daß Gemeinsamkeiten zwischen ihnen grundsätzlich nicht bestehen können.

---

(12) BSGE 9, S. (254) 258; Wannagat S. 271

(13) vgl. vorne unter Erster Abschnitt, § 1, 3. Kap.

## § 2 Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nach dem Arbeitsfeld

Neben der Zumutbarkeit der in Frage kommenden Arbeiten stellt sich das Problem, ob die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG nur danach vorgenommen werden soll, ob der Hilfesuchende auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorkommende oder vorhandene Arbeiten ausüben kann.

### 1. Kapitel Der allgemeine Arbeitsmarkt als Grenze für die Erwerbsunfähigkeit und Vermittlungsfähigkeit

Das Kriterium des allgemeinen Arbeitsmarktes ist im Recht der Arbeitslosenversicherung ein wesentliches Merkmal für die Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit des Arbeitslosen im Rahmen der Frage seiner Verfügbarkeit, § 103 Abs. 1, Nr. 1 AFG. Auch in der Rentenversicherung ist dieses Kriterium von nicht unerheblicher Bedeutung. Geht es nämlich um die Erwerbsunfähigkeit des Versicherten nach § 1247 Abs. 2 RVO, kann er grundsätzlich auf alle Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes verwiesen werden (14).

Damit werden zwar alle auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorkommende Tätigkeiten für die Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit herangezogen. Sie bilden aber zugleich die äußerste Grenze des Kreises der Arbeiten, nach denen die Vermittlungsfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit beurteilt werden darf. Der Versicherte kann auf andere als

---

(14) vgl. BSGE 19, S. (147) 150

auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorkommende Arbeiten nicht verwiesen werden.

## 2. Kapitel Die Regelungen der §§ 18 Abs.2 und 19 Abs.1 BSHG

Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im Sozialhilferecht enthält das Bundessozialhilfegesetz selbst Hinweise zur Lösung des obengenannten Problems, und zwar in den Bestimmungen der §§ 18 Abs. 2 und 19 Abs. 1 BSHG.

### I Die Vorschrift des § 18 Abs. 2 BSHG

Nach § 18 Abs. 2 BSHG hat der Träger der Sozialhilfe im Zusammenwirken mit den Dienststellen der Bundesanstalt für Arbeit darauf hinzuwirken, daß der Hilfesuchende sich um Arbeit bemüht und Gelegenheit dazu erhält. Das Sozialamt wird also regelmäßig den Hilfesuchenden dazu anhalten, sich beim Arbeitsamt als Arbeitssuchender zu melden (15). Die Behörde kann jedoch auch selbst im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis anbahnen, wozu sie nach § 13 Abs. 3, Nr. 1 AFG berechtigt ist.

Aus der Tatsache der Zusammenarbeit mit der Bundesanstalt und der Regelung des § 13 Abs. 3, Nr. 1 AFG folgt aber, daß für Maßnahmen im Rahmen des § 18 Abs. 2 BSHG grundsätzlich der allgemeine Arbeitsmarkt als Arbeitsfeld in Frage kommt. Das wird durch die Regelung des § 19 Abs. 1 BSHG bestätigt, der für Hilfesuchende Geltung hat, die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt keine Arbeit finden können (16). Zugleich

---

(15) vgl. Gottschick-Giese § 18 Anm. 3; Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III, 2,a; Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 6

(16) Gottschick-Giese § 19 Anm. 1

folgt daraus, daß die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorkommenden Tätigkeiten für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im Sozialhilferecht herangezogen werden können.

## II Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 BSHG

Die Regelung des § 19 Abs. 1 BSHG verpflichtet den Träger der Sozialhilfe, für Hilfesuchende, die keine Arbeit finden können, nach Möglichkeit Arbeitsgelegenheiten zu schaffen. Welche Arten von Erwerbsarbeiten hier gemeint sind, kann nur zum Teil der Vorschrift des § 19 Abs. 2 BSHG entnommen werden, da diese Regelung nur einen Unterfall der nach § 19 Abs. 1 BSHG in Betracht kommenden Arbeiten darstellt (17). Vielmehr hängt das entscheidend von der Auslegung des Tatbestandsmerkmals " die keine Arbeit finden können " ab.

Hierunter kann einmal der Fall verstanden werden, daß der Hilfesuchende zwar noch seinen subjektiven Fähigkeiten nach imstande ist, eine Tätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt auszuüben, jedoch aus wirtschaftlichen, konjunkturellen oder anderen Gründen einen Arbeitsplatz nicht finden kann. Er kann aber auch dann keine Arbeit finden, wenn ihm der freie Arbeitsmarkt wegen mangelnder subjektiver Fähigkeiten, vorübergehender oder dauernder Erwerbsunfähigkeit im Sinne der RVO oder zu hohem Alter, von vorneherein verschlossen ist. Wird § 19 Abs. 1 BSHG auch in diesem Sinne verstanden, ist der Träger der Sozialhilfe verpflichtet, nicht nur Arbeitsgelegenheiten zu schaffen, an die keine besonderen Anforderungen zu stellen sind, weil sie nur eine momentane oder andauernde Störung des freien Arbeitsmarktes ausgleichen sollen, wie etwa

---

(17) Gottschick-Giese § 19 Anm. 4

Aufräumungsarbeiten in Lagerhäusern, Kartearbeiten oder zusätzliche Fertigungsarbeiten (18). Vielmehr muß er dann auch Arbeitsplätze, die wegen der mangelnden subjektiven Fähigkeiten des Hilfesuchenden spezifische Eigenschaften aufweisen, die der besonderen Lage des Betreffenden entsprechen, somit Gelegenheiten für sogenannte angepaßte Arbeiten schaffen (19).

Diese Auslegung des § 19 Abs. 1 ESHG ist durch die Geltung des Subsidiaritätsprinzipes des § 2 BSHG gerechtfertigt, wonach jeder Hilfesuchende, auch wenn er nur noch über beschränkte subjektive Fähigkeiten verfügt, diese zur Beschaffung des Lebensunterhaltes einsetzen muß (20). Im Einzelfall kann das eben nur durch die Zuweisung eines angepaßten Arbeitsplatzes geschehen. Neben diesem Aspekt spricht auch die Bedeutung der Arbeit im Sozialhilferecht als Möglichkeit zu wirtschaftlichem Erfolg und persönlicher Erfüllung des Einzelnen (21) für diese Auslegung. Wenn, wie ausgeführt, Sinn und Zweck der Vorschriften der §§ 18 bis 20 BSHG darin bestehen, den Hilfesuchenden durch Arbeit zur Selbstverwirklichung zu führen und damit von Sozialhilfe unabhängig zu machen (22), nähme man den Betreffenden diese Chance zur persönlichen Erfüllung, würde man ihnen nicht die Möglichkeit zu ihren Fähigkeiten angepaßten Arbeiten verschaffen. Somit muß sich die Pflicht des Trägers der Sozialhilfe zur Schaffung von Arbeitsgelegenheiten auch auf die Personengruppen beziehen, denen der allgemeine Arbeitsmarkt aufgrund ihrer persönlichen Mängel von vorneherein verschlossen ist (23).

---

(18) vgl. Gottschick-Giese § 19 Anm. 3

(19) vgl. auch Informationsbericht Werkstätten für angepaßte Arbeiten in den Niederlanden in NDV 1969, S. 223

(20) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 18 III, 1, c; Mertens S. 184

(21) vgl. BVerwG NDV 1968, S. 137

(22) vgl. auch Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S. 206, 207

(23) vgl. auch Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S. 221

Das aber bedeutet folgendes: Die nach § 19 Abs. 1 BSHG in diesem Zusammenhang zu ergreifenden Maßnahmen des Sozialamtes betreffen ein vom allgemeinen Arbeitsmarkt grundsätzlich zu unterscheidendes, spezifisches und dem freien Zugang durch jedermann verschlossenes Arbeitsfeld, das durch Bereitstellung angepaßter Arbeitsplätze denjenigen vorbehalten ist, die etwa aufgrund körperlicher, geistiger oder charakterlicher Mängel den Anforderungen normaler Arbeit auf dem freien Arbeitsmarkt vorübergehend oder dauernd nicht gewachsen sind. Dabei müssen allerdings Einschränkungen in zweifacher Richtung beachtet werden.

Der Träger der Sozialhilfe hat immer zuerst zu prüfen, welche Möglichkeiten für den Hilfesuchenden auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorhanden sind, bevor Maßnahmen auf diesem spezifischen Arbeitsfeld in Betracht gezogen werden. Solche Tätigkeiten können nur dann in Frage kommen, wenn feststeht, daß eine Verweisung auf den freien Arbeitsmarkt ausgeschlossen ist. Die Eingliederung in den normalen Arbeitsprozeß im Rahmen einer normalen freien Arbeitsstelle bleibt nämlich grundsätzlich die beste Gewähr für ein Unabhängigwerden von Sozialhilfe (24).

Die Verpflichtung des Sozialamtes, für den Hilfesuchenden, dem der allgemeine Arbeitsmarkt verschlossen ist, Möglichkeiten zur Betätigung auf dem Arbeitsfeld für angepaßte Arbeiten zu schaffen, ist nicht mit einem durchsetzbaren Rechtsanspruch des Betreffenden auf das Angebot einer solchen Arbeit verbunden. Einmal spricht § 19 Abs. 1 BSHG keine strenge Verpflichtung des Trägers der Sozialhilfe aus, Arbeitsgelegenheiten zu schaffen. Zum anderen würde das Verständnis der Vorschrift

---

(24) vgl. auch Mertens S. 176, 177

als Anspruchstatbestand zur Begründung eines einklagbaren Rechtes auf Arbeit für den Hilfesuchenden führen. Ein Recht auf Arbeit ist aber weder nach dem Grundgesetz noch nach anderen Gesetzen garantiert. Soweit verschiedene Landesverfassungen die Regelung des Art. 163 der Weimarer Verfassung übernommen haben und ein Recht auf Arbeit vorsehen, handelt es sich nach überwiegender Ansicht um Programmsätze, die dem Gesetzgeber Veranlassung geben sollen, die wirtschaftlichen Verhältnisse so zu gestalten, daß genügend Arbeitsplätze zur Verfügung stehen (25). Auch Art. 1 der Europäischen Sozialcharta, der ein Recht auf Arbeit vorsieht, wird überwiegend als staatliche Pflicht zur Vollbeschäftigungspolitik und als Recht zur Arbeit verstanden (26). Dabei wird zu Recht darauf hingewiesen, daß der Staat nicht nur über die Arbeitskräfte, sondern auch über die Produktionsmittel verfügen müßte, um ein Recht auf Arbeit gewährleisten zu können. Das aber würde eine reine Staatswirtschaft zur Folge haben, und die Aufgabe wichtiger Freiheitsrechte wie Berufswahl, Wahl des Arbeitsplatzes, Vertragsfreiheit und Handels- und Gewerbebefreiheit notwendig machen (27).

Daß § 19 Abs. 1 BSHG aber dahin verstanden werden soll, daß er speziell für Hilfesuchende, die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt keine Arbeit finden können, einen sonst nicht anerkannten Rechtsanspruch auf Arbeit garantiert, kann unter diesen Bedingungen nicht angenommen werden (28).

---

(25) vgl. die Einzelheiten bei Lepke S. 5 ff, 101, 102

(26) vgl. Cottier S. 93; Lepke S. 8, Fn. 18

(27) vgl. die Einzelheiten bei Cottier S. 91 ff

(28) im Ergebnis übereinstimmend die herrschende Meinung, vgl. Gottschick-Giese § 19 Anm. 2; Schellhorn-Jirasek-Seipp § 19 III, 1; Albers S. 95; Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18, S. 220

### 3. Kapitel Die Folgerungen für die Arbeitsfähigkeit im Vergleich zur Erwerbsunfähigkeit und Vermittlungsfähigkeit

Für die Beurteilung der sozialhilferechtlichen Arbeitsfähigkeit ergibt sich nun folgendes: Sowohl der allgemeine Arbeitsmarkt als auch das spezifische Arbeitsfeld der angepaßten Arbeiten stehen für den Hilfesuchenden zur Verfügung. Beide Arbeitsfelder müssen damit für den Kreis der Tätigkeiten, nach denen die Arbeitsfähigkeit des Betreffenden entschieden wird, herangezogen werden.

Somit ist der Rahmen der Tätigkeiten, die für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im Sozialhilferecht in Frage kommen, erheblich weiter gespannt als der für die Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit nach § 1247 RVO oder der Vermittlungsfähigkeit nach § 103 Abs. 1, Nr. 1 AFG in Betracht zu ziehende Kreis von Arbeiten. Hier bildet der allgemeine Arbeitsmarkt die äußerste Grenze, während im Sozialhilferecht der Hilfesuchende je nach den Umständen des Einzelfalles auch auf Tätigkeiten verwiesen werden kann, die nur auf dem spezifischen Arbeitsfeld angepaßter Arbeiten vorkommen.

Auch daran zeigen sich wiederum erhebliche Unterschiede, die zwischen den Begriffen der Arbeitsfähigkeit im Sozialhilferecht und denen der Erwerbsunfähigkeit und Vermittlungsfähigkeit in der RVO und dem AFG bestehen und Gemeinsamkeiten zwischen ihnen ausschließen (29).

---

(29) vgl. vorne unter Erster Abschnitt, § 1, 3. Kap.;  
vgl. auch Jirasek-Seipp-Schellhorn PSH Teil II A 18,  
S. 207, 208

#### 4. Kapitel Die Unmöglichkeit weiterer Präzisierungen

Neben den angeführten Grundsätzen und Richtlinien kann eine weitere Präzisierung der in Frage kommenden Arten von Erwerbsarbeiten nicht vorgenommen werden. Es muß vielmehr den konkreten Umständen des Einzelfalles überlassen bleiben, welche Tätigkeiten für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG heranzuziehen sind. Dabei dürfen allerdings zwei, schon des öfteren erwähnte Grundsätze nicht außer Acht gelassen werden. Die in Betracht zu ziehende Arbeit muß einmal so weit wie möglich der Steuerung der tatsächlichen Notlage dienen. Zum anderen muß sie geeignet sein, den Hilfesuchenden so weit und so lange wie möglich von Sozialhilfe unabhängig zu machen.

Wird das beachtet, kann grundsätzlich jede Art von Erwerbsarbeit, sei sie körperlicher oder geistiger, selbständiger oder unselbständiger Art (30), für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit herangezogen werden.

Unter Berücksichtigung der hier erzielten Ergebnisse läßt sich nunmehr auch die Definition der Arbeitskraft oder -fähigkeit in § 18 Abs. 1 BSHG verhältnismäßig genau und präzise fassen. Danach ist Arbeitskraft im Sozialhilferecht die Fähigkeit zu einer Tätigkeit, die nach ihrer Art Inhalt und Gegenstand einer zumutbaren, erwerbsmäßigen Betätigung körperlicher, geistiger, selbständiger oder unselbständiger Art ist und dem Hilfesuchenden tatsächlich als normale Arbeit oder als spezielle Arbeit im Rahmen angepaßter Arbeitsplätze zur Verfügung steht.

---

(30) vgl. Knopp-Fichtner § 18 Rdnr. 5; Gottschick-Giese § 18 Anm. 2; § 19 Anm. 1; Jehle ZfF 1968, S. 229; vgl. auch BVerwG NDV 1963, S. 237

VIERTER ABSCHNITT: DIE BEWEISLASTVERTEILUNG BEI ZWEIFELN  
ÜBER DAS VORLIEGEN VON ARBEITSFÄHIG-  
KEIT NACH § 18 ABS. 1 BSHG

§ 1 Die Arbeitsfähigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal

Wie sich im Laufe der Untersuchung gezeigt hat, setzt sich der Begriff der Arbeitskraft oder -fähigkeit aus vielen Begriffsmerkmalen zusammen, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen oftmals nur unter großen Schwierigkeiten zu klären ist. Nicht nur die Fragen der medizinischen Arbeitsfähigkeit als solcher, sondern auch die Probleme, ob überhaupt ein Arbeitsplatz vorhanden ist, ob dieser zumutbar und ein Mittel ist, den Hilfesuchenden in seinem Selbsthilfestreben zu fördern, werden oft nur schwer und manchmal garnicht beantwortet werden können. Hier stellt sich die Frage, wer von den Beteiligten das Risiko einer solchen möglichen Unaufklärbarkeit tragen soll, mit hin, wen die materielle Beweislast im Falle eines " non liquet " trifft. Dabei soll auch hier dahingestellt bleiben, ob es eine solche materielle Beweislast wie im Verwaltungsstreitverfahren auch im Verwaltungsverfahren gibt, da von den Befürwortern kein Unterschied zu der Beweislast behauptet wird (1), wie sie für das Verwaltungsstreitverfahren praktisch einhellig anerkannt wird.(2)

---

(1) vgl. vorne unter Zweiter Abschnitt, § 3. 4. Kap., I (S. 92 ff.)  
(2) vgl. etwa Rupp AöR Bd. 85, S. 317; Tietgen S. 11;  
Sacklowski S. 32; Auer S. 48; Schneider S. 274

## 1. Kapitel Die in der Rechtsprechung erkennbare Tendenz

Soweit ersichtlich, liegt zu dieser Frage noch keine ausdrückliche Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichtes vor. Das Gericht hat jedoch in seiner Entscheidung vom 2. Juni 1965 (3) festgestellt, daß das in § 11 Abs. 1 BSHG geforderte Nichtvorhandensein eigener Mittel des Hilfesuchenden, also das Fehlen von Einkommen und Vermögen, negatives Tatbestandsmerkmal für den Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt sei. Es gelte die auch im Verwaltungsrecht anzuwendende Regel, daß die Nichtaufklärbarkeit eines anspruchsbegründenden Tatbestandes zu Lasten desjenigen gehe, der das Bestehen des Anspruches behaupte. Da dies der Hilfesuchende sei, trage dieser die Beweislast. Dabei bezieht sich das Gericht auf seine Entscheidung vom 19.5.1965 (4), wo es zum alten Fürsorgerecht entschieden hatte, daß die Unaufklärbarkeit der Frage, ob tatsächlich Hilfsbedürftigkeit im Sinne des § 5 RGr. vorläge, zu Lasten des um Fürsorge Nachsuchenden gehe. Dieses Ergebnis nimmt es in seiner Entscheidung vom 23.2.1966 (5) wieder auf und erklärt zum Bereich des Bundessozialhilfegesetzes, ohne eine Einschränkung auf das Nichtvorhandensein von Einkommen und Vermögen zu machen, daß der Hilfesuchende die Beweislast für das Vorliegen von Hilfsbedürftigkeit trage. Das wird auch in der Entscheidung vom 15.11. 1967 (6) bestätigt, wo die im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt entwickelten Beweislastregeln für die Hilfe in besonderen Lebenslagen übernommen werden, wo das Gericht allerdings auch die Frage anschnidet, ob nicht aus der übergeordneten Verpflichtung des Staates

---

(3) BVerwG NDV 1965, S. 342

(4) BVerwG NDV 1965, S. 311

(5) BVerwG NDV 1966, S. 250

(6) BVerwGE 28, S. (216) 222

zum Schutze der Menschenwürde die Verpflichtung folge, bei einzelnen Hilfearten auch dann tätig zu werden, wenn die Voraussetzungen für die Hilfegewährung zweifelhaft seien. Dieser Frage glaubte das Gericht allerdings ausweichen zu können, weil die Versagung nur der Blindenhilfe, um die es in dem Fall ging, jedenfalls nicht dazu führe, den Hilfesuchenden womöglich in einem seine Menschenwürde verletzenden Zustand der Hilflosigkeit zu belassen, vielmehr durch die Hilfe zum Lebensunterhalt die Mittel der Existenzhaltung bereitstünden.

Aus den angeführten Urteilen folgt, daß das Bundesverwaltungsgericht, wenigstens nach seinen bisherigen Äußerungen, auch bei unaufklärbaren Zweifeln am Vorliegen von Arbeitskraft oder -fähigkeit die Beweislast zu Lasten des Hilfesuchenden verteilen würde. Das ergibt sich aus folgendem: In § 11 Abs. 1 BSHG wird auch auf die eigenen Kräfte des Hilfesuchenden und damit auf seine Arbeitskraft abgestellt. Das Nichtvorhandensein von Arbeitskraft müßte aber genauso wie das Nichtvorhandensein von eigenen Mitteln als negatives Tatbestandsmerkmal angesehen werden (7) (8), womit dem Hilfesuchenden die Beweislast obliegt. Folgerichtig hat denn auch das OVG Münster (9) unter Berufung auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23.2.1966 (10) in einem Fall, in dem es unter anderem um das Vorliegen von Arbeitsfähigkeit ging, betont, es sei Sache des Hilfesuchenden, nachzuweisen, nicht in der Lage zu sein, den Lebensunterhalt zu beschaffen. Diese Ausführungen beziehen sich unzweifelhaft auf die Arbeitskraft des Hilfesuchenden.

---

(7) so auch Tietgen S. 42

(8) vgl. auch OVG Berlin ZfSH 1971, S. 210, 211; das Gericht vertritt allerdings die Meinung, daß sich die Entscheidung des BVerwG (NDV 1965, S. 342) nicht ohne weiteres auf den dort behandelten Fall übertragen lasse

(9) NDV 1968, S. 199

(10) NDV 1966, S. 250

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß in der Rechtsprechung die Tendenz besteht, das Nichtvorhandensein von Arbeitskraft als negatives Tatbestandsmerkmal aufzufassen und somit dem Hilfesuchenden im Bereich der Selbsthilfe durch Arbeit im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt, um den es hier geht, die Beweislast aufzubürden. Angemerkt werden muß noch, daß sich die sozialhilferechtliche Literatur zumeist auf die Wiedergabe der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung beschränkt (11).

## 2. Kapitel Die Kritik an dieser Ansicht

Legt man diese in der Rechtsprechung erkennbare Tendenz der weiteren Untersuchung zugrunde, ergeben sich dagegen einige Bedenken, denen hier nachgegangen werden soll.

### I Der Unterschied zwischen negativen Tatbestandsmerkmalen und rechtshindernden Normen

Die Ansicht der Rechtsprechung beruht auf der im Zivilrecht herrschenden Unterscheidung zwischen negativen Tatbestandsmerkmalen und sogenannten rechtshindernden Tatbestandsmerkmalen oder Normen. Da die negativen Tatbestandsmerkmale zu den rechtsbegründenden Tatsachen gehören, und im Zivilrecht der Grundsatz gilt, daß der, der ein Recht in Anspruch nimmt, die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen muß, fällt dem, der das Recht geltend macht, auch die Beweislast zu (12).

---

(11) Schellhorn-Jirasek-Seipp § 115 III, 1,c; § 4 III, 5,a; Knopp-Fichtner § 115 Rdnr. 4; Gottschick-Giese § 115 Anm. 2; Winkelroß DVBl 1964, S. 620; Eckhardt DVBl 1968, S. 871

(12) vgl. etwa Baumbach-Lauterbach § 282, Anh., Anm. 2

Die rechtshindernde Norm hingegen hat eine eigene, selbständige Rechtswirkung, die der Wirkung der rechtsbegründenden Norm entgegentritt, womit derjenige deren Voraussetzungen zu beweisen hat, der die Feststellung des Rechtes von sich abwenden will (13).

Die Schwierigkeiten dieser Konstruktion bestehen in der Unterscheidung zwischen den negativen Tatbestandsmerkmalen und den rechtshindernden Normen, da letztere auch als negative Voraussetzungen der Rechtsbegründung verstanden werden können (14), und in beiden Fällen die anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegen würden, wenn die in ihrer Bedeutung strittigen Umstände nicht gegeben wären (15) (16).

## II Die Übernahme von Beweislastregeln des Privatrechtes in das Verwaltungsrecht

Wenn man auch zunächst von diesen Schwierigkeiten absieht, ist es nicht unproblematisch, das im Bereich des Zivilrechts entwickelte System der Beweislast für die hier behandelte Frage der Beweislastverteilung zu übernehmen. Während im BGB der Gesetzgeber selbst das Verteilungsprinzip durch entsprechende Formulierungen im gesetzlichen Tatbestand angedeutet und erkennbar gemacht hat (17), ist es für das Verwaltungsrecht, mithin auch für das Bundessozialhilfegesetz, jedenfalls nicht

---

(13) vgl. Rosenberg S. 132

(14) Tietgen S. 38

(15) Krasney DOK 1971, S. 59

(16) Grundsätzlich gegen die Unterscheidung spricht sich Leipold (S. 38) aus, da es sich nach der materiell-rechtlichen Wirkung nicht unterscheiden lasse, ob eine Tatsache rechtsbegründend ist oder das Nichtvorliegen, als das kontradiktorische Gegenteil, rechtshindernd. Vgl. aber auch S. 42, wo eine unterschiedliche Behandlung in der Beweislastfrage entsprechend der h.M. nicht verneint wird.

(17) Rosenberg S. 126, insbesondere S. 126, Fn. 5, S. 127, Fn. 1

beweisbar, daß der Gesetzgeber überhaupt auf solche Formulierungen geachtet hat, und daß, wenn solche vorkommen, diese eine entsprechende Beweislastverteilung erkenntlich machen sollen (18). Stellt man somit auf das Verteilungssystem des BGB ab, besteht mindestens die Gefahr, daß sprachliche Zufälligkeiten über die Beweislast entscheiden (19).

Die Unterscheidung zwischen negativen Tatbestandsmerkmalen und rechtshindernden Normen erscheint zudem als Basis für die Beweislastverteilung zu klein, um wirklich zu einer sachgerechten und richtigen Lösung der Beweislastfrage zu kommen. So hat insbesondere Rupp (20) darauf hingewiesen, daß sich die Frage der Beweislast überhaupt nur vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Verhältnisses Staat-Bürger wirklich begreifen lasse. Damit gerate die Beweislastverteilung in ein Kraftfeld, das Rechte und Pflichten in einem ganz anderen Ordnungssystem erscheinen lasse, als dies z.B. im Zivilrecht der Fall sei. Unmittelbar hieran anknüpfend weist auch Tietgen (21) darauf hin, daß die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß, mithin auch im BSHG, im Unterschied zum Privatrecht durchgängig nicht ohne Rücksicht auf das Grundgesetz richtig beurteilt werden könne.

### III Die Argumente für das Vorliegen einer rechtshindernden Norm

Erlaubt schon diese grundsätzliche Kritik, diese Methode der Beweislastverteilung in dem hier behandelten Fragenkreis

---

(18) vgl. Sacklowski S. 60

(19) vgl. auch Auer (S. 49 ff), der sich grundsätzlich gegen die Anwendbarkeit zivilprozessualer Prinzipien im Verwaltungsprozeß ausspricht

(20) AöR Bd. 85, S. 318, 319

(21) Tietgen S. 37; vgl. auch Sacklowski S. 60

abzulehnen und nach anderen Wegen einer Lösung zu suchen, wird das noch deutlicher, wenn die Ansicht, das Nichtvorhandensein von Arbeitskraft sei negatives Tatbestandsmerkmal, erschüttert werden kann. Lassen sich nämlich Gründe anführen, die diese These als nicht eindeutig erweisbar erscheinen lassen, ist die Frage nach der Beweislastverteilung wieder offen.

Zwar haben Rechtsprechung und Schrifttum bisher keine erschöpfenden, sicheren und allgemein anerkannten Abgrenzungsmerkmale für die Unterscheidung zwischen negativen Tatbestandsmerkmalen und rechtshindernden Normen gefunden (22). Eine relativ sichere Abgrenzung soll allerdings der Wortlaut der jeweiligen Gesetzesbestimmung ermöglichen (23).

In § 11 Abs. 1 BSHG ist das Nichtvorhandensein eigener Kräfte in einen selbständigen Satzteil, nämlich einen attributiven Relativsatz, aufgenommen, was für ein rechtshinderndes Tatbestandsmerkmal sprechen könnte (24). Durch diesen Relativsatz wird aber nicht eine so klare Zäsur zum Hauptsatz geschaffen wie etwa durch die Formulierungen " das gilt nicht ", " es sei denn " oder " diese Vorschrift findet keine Anwendung " oder auch durch den Gebrauch eines mit " soweit nicht ", " sofern nicht " oder " wenn nicht " eingeleiteten negativen Konditionalsatzes (25). Der Attributivsatz schließt allerdings nicht unmittelbar an sein Beziehungswort dem an. Durch das Dazwischenschieben der Worte zu gewähren wird in § 11 Abs. 1 BSHG eine Formulierung gewählt, die sich unterscheidet etwa von dem Aufbau der Tatbestände der §§ 30, 36, 68 und 72 BSHG, wo der Attributivsatz unmittelbar an das jeweilige Bezugswort

---

(22) Krasney DOK 1971, S. 59

(23) Rosenberg S. 127

(24) vgl. Krasney DOK 1971 S. 60

(25) vgl. Rosenberg S. 126, 127

anschließt. Dadurch wird doch eine stärkere Zäsur erreicht, womit dem Relativsatz eine gewisse restriktive Stellung gegenüber dem Hauptsatz zukommt. Daraus aber könnte man schließen, daß der Hauptsatz eine im Grunde zu weite Aussage enthält, die durch den Relativsatz eingeschränkt werden soll, was seinerseits wieder zu der Annahme einer rechtshindernden Norm im Attributivsatz berechtigen könnte. Dieser Schluß ist mindestens dann nicht von der Hand zu weisen, wenn man gedanklich das Wort dem durch jedem ersetzt. Dann würde die im Hauptsatz erwähnte zu große Personengruppe durch den Relativsatz auf die Personen eingeschränkt, die sich selbst nicht helfen können. Das mag allerdings in diesem Zusammenhang offen bleiben. Jedenfalls aber kann schon aus dem bisher Gesagten gefolgert werden, daß das Nichtvorhandensein eigener Kräfte nicht eindeutig negatives Tatbestandsmerkmal ist.

Diese Folgerung wird noch deutlicher, wenn man die Regelung des § 2 BSHG in die Betrachtung mit einbezieht, die wegen ihrer besonderen Bedeutung Aufnahme im Allgemeinen Teil des Bundessozialhilfegesetzes gefunden hat, für alle Einzelbestimmungen unmittelbar gilt (26) und in engem Zusammenhang mit der Vorschrift des § 11 Abs. 1 BSHG steht, der eine Präzisierung des in § 2 Abs. 1 BSHG ausgesprochenen Grundsatzes sozialhilferechtlicher Subsidiarität enthält und nur im Zusammenhang mit diesem verstanden werden kann (27).

Indem hier bestimmt ist, daß der, der sich selbst helfen kann, keine Sozialhilfe erhält, wird der Hilfesuchende auf die Möglichkeiten der Selbsthilfe verwiesen. Ein Anwendungsfall dieser Selbsthilfe ist die für den Arbeitsfähigen bestehende Möglichkeit des Arbeitseinsatzes (28). Da somit im Grunde

---

(26) Gottschick-Giese § 2 Anm. 1

(27) vgl. Gottschick-Giese § 11 Anm. 6; Keese § 11 Anm. 1

(28) Gottschick-Giese § 2 Anm. 2

schon in § 2 BSHG diese Möglichkeit der Selbsthilfe und somit auch die Arbeitsfähigkeit angesprochen ist, kann die Vorschrift in die Betrachtung mit einbezogen werden.

Für die Beweislastfrage ließe sich aus dieser Bestimmung insofern etwas gewinnen, als es durchaus denkbar erscheint, hierin einen Ausschlußtatbestand gegenüber dem in § 4 BSHG gewährleisteten Anspruch auf Sozialhilfe zu sehen, mit der Folge, daß der Staat das Risiko der Beweislast trägt, wenn er sich auf die hier niedergelegten Ausnahmen beruft, mit der weiteren Folge, daß dasselbe auch im Rahmen des § 11 Abs. 1 BSHG zu gelten hätte. Sicherheit hierüber ließe sich allerdings nur gewinnen, wenn man das Verhältnis der §§ 4 und 2 BSHG zueinander als das von Regel und Ausnahme kennzeichnen könnte, da ein solches Verhältnis auf das Vorliegen einer rechtshindernden Norm in § 2 BSHG hindeutete (29).

Diese Frage, die nicht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach der Erfahrung des täglichen Lebens, sondern nach der Regel des Gesetzes entschieden werden muß (30), läßt sich nur sehr schwer aus dem Aufbau und den Fassungen der hier in Frage stehenden Tatbestände beantworten. Ansatzpunkte für die Annahme einer Ausnahme in § 2 BSHG könnten aus der Formulierung der Vorschrift gewonnen werden, die anders als das alte Recht nicht bestimmt, daß Sozialhilfe nur der, der sich nicht helfen kann, erhält, sondern daß Sozialhilfe nicht erhält, wer sich selbst helfen kann. Die erste Formulierung könnte man als Indiz dafür werten, im Fehlen von Selbsthilfemöglichkeiten ein negatives Tatbestandsmerkmal zu sehen, während die zweite weitgehend ausschließenden Charakter hat und auf eine rechtshindernde Norm hindeutet.

---

(29) Krasney DOK 1971, S. 60; Tietgen S. 39

(30) Krasney DOK 1971, S. 60; Tietgen S. 39

Noch klarer wird das, wenn man die Regelung des § 2 Abs. 1, 2. Alt. BSHG mit in die Betrachtung hineinnimmt. In diesen Fällen wäre eigentlich der Anspruch des Hilfesuchenden nach den §§ 11, 4 BSHG gegeben, weil alle anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale vorliegen, und auch keine Selbsthilfemöglichkeit vorhanden ist. Dennoch aber entfällt der Anspruch nach § 2 BSHG, wenn der Hilfesuchende die Hilfe von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Es ist nur schwerlich vorstellbar, auch hierin ein negatives Tatbestandsmerkmal im Rahmen der anspruchsbegründenden Normen der §§ 11, 4 BSHG zu sehen. Viel näher liegt doch die Annahme, daß § 2 Abs. 1, 2. Alt. BSHG trotz Vorliegens aller anspruchsbegründenden Tatsachen die Entstehung des Anspruches ausnahmsweise verhindern will. Das aber spricht dafür, daß diese Vorschrift Ausschußtatbestand und eine die Entstehung des Anspruches ausnahmsweise hindern- de Norm ist, für deren Vorliegen der Staat die Beweislast trägt.

Dasselbe müßte dann aber auch für die Selbsthilfemöglichkeiten in § 2 Abs. 1, 1. Alt. BSHG, die in § 11 Abs. 1 BSHG präzisiert sind, gelten, so daß der Staat auch insoweit das Prozeßrisiko trägt.

Dieser mögliche Schluß bleibt aber letztlich unbefriedigend, weil er auf einer zu engen Basis gefunden werden müßte. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen den §§ 4, 11 und 2 BSHG, die im Grunde eine Frage nach dem Verhältnis zwischen sozialhilferechtlichem Anspruch und Selbsthilfe ist, kann wohl nur auf einer breiteren Basis, nämlich den grundlegenden Prinzipien des Sozialhilferechtes und des Art. 1 Abs. 1 GG, gelöst werden.

Daher mag es in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob § 2 BSHG die Ausnahme und die §§ 4, 11 BSHG die Regel sind, und somit

§ 2 BSHG als rechtshindernde Norm verstanden werden muß. Es genügt die Erkenntnis, daß das Nichtvorhandensein eigener Kräfte nicht eindeutig negatives Tatbestandsmerkmal ist, vielmehr auch Gründe dafür sprechen, hierin eine rechtshindernde Norm zu sehen. Damit aber ist auch von hier aus die Frage der Beweislastverteilung wieder offen, so daß Wege ins Auge gefaßt werden können, die unter anderen Gesichtspunkten eine Lösung der Beweislastfrage anstreben.

## § 2 Die Entscheidung der Beweislastfrage nach der Werthaftigkeit der Prozeßbeteiligten

Einen ganz anderen Vorschlag zur Lösung der Beweislastverteilung macht Auer im Anschluß an Schneider. Der Gedankengang dieses Weges ist allerdings recht kompliziert, so daß eine etwas breitere Darstellung erforderlich erscheint.

### 1. Kapitel Der Weg von Auer

Auer bemüht sich um ein einheitliches Beweislastverteilungsprinzip für den Verwaltungsprozeß. Er unterscheidet dabei zwischen dem Erklärungsprinzip, das heißt, dem Grund der Beweislastverteilung überhaupt, und dem Verteilungsprinzip, dem Grund der Beweislastverteilung im einzelnen Anwendungsfall. Das Erklärungsprinzip soll die Grundlage der Verteilungsprinzipien sein (31).

Um ein Erklärungsprinzip zu gewinnen, soll auf die Werthaftigkeit der jeweiligen Prozeßsubjekte zurückgegriffen

---

(31) Auer S. 12

werden, wobei nicht der Eigenwert, der dem Einzelnen nach Anlagen, Fähigkeiten und Leistungen zukommt, sondern sein Personenwert als Einzelindividuum, auf seiten des Staates der Wert als Ordnungsträger, Hoheits- und Machträger gemeint ist (32).

Diese Werte dürften jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Zum Wert als Norm trete das Verhalten, das Sein, als Tatsachenfaktor hinzu. Da aber keine Gewißheit über das faktische Verhalten bestehen könne, müsse das jeweilige Verhalten vermutet werden, so daß Aussagen darüber nur in Form von Verhaltenswahrscheinlichkeiten gemacht werden könnten (33). Weil das faktische Verhalten immer in Gestalt einer doppelten Möglichkeit gefaßt werden müsse, und somit eine Vermutung hierüber an zwei Möglichkeiten anknüpfen könne, müsse eine Verhaltensmöglichkeit favorisiert und zum Ausgangspunkt einer Ausgangsvermutung über das Verhalten gemacht werden. Das könne wiederum nur unter Berücksichtigung der Werthaftigkeit der beteiligten Prozeßsubjekte entschieden werden, womit der Eigenwert der Rechtsträger integrierender Bestandteil der zu wählenden Ausgangsvermutung werde.

Die Werthaftigkeit verlange im Bereich des Sollens eine bestimmte Verhaltensweise, die, als Postulat erkannt, auch im Seinsbereich zugrundegelegt werden und die Ausgangsvermutung bilden müsse (34). Diese durch die Werthaftigkeit der Prozeßsubjekte bestimmte und somit normative Ausgangsvermutung bilde die Regel und das Erklärungsprinzip für die Beweislast. Die Verteilungsprinzipien bestimmten sich dann nach der Unterschiedlichkeit der Ausgangsvermutungen und der Wertrelationen zwischen den Prozeßbeteiligten (35).

---

(32) Auer S. 19, 20

(33) Auer S. 25

(34) Auer S. 28-31

(35) Auer S. 36, 37, 45

Für den Verwaltungsprozeß im allgemeinen ergibt sich nach dem System von Auer folgendes:

Für den Staat wie für den einzelnen Menschen kann von der Vermutung ausgegangen werden, daß sie sich rechtmäßig verhalten werden. Die Ausgangsvermutung oder -regel lautet also für den Staat in dubio pro auctoritate, für den Einzelnen in dubio pro libertate. Ob nun das Spannungsverhältnis zwischen diesen Vermutungen zugunsten des Staates oder des Einzelnen gelöst werden muß, läßt sich nur anhand der Werthaftigkeit der Rechtsträger, anhand der aus der Verfassung zu gewinnenden Wertrelation zwischen beiden entnehmen (36). Nach den verfassungspolitischen Grundentscheidungen des Grundgesetzes kann aber an der Präponderanz der Freiheit des Einzelnen kein Zweifel sein, so daß die Ausgangsvermutung in dubio pro libertate das entscheidende Gewicht erhält.

Damit ergäbe sich, daß im Verwaltungsprozeß immer der Staat die Beweislast trüge. Da aber die Überordnung des Individualinteresses vor dem Gemeinschaftsinteresse nicht überall gelten könne, insbesondere es in Prozessen auf Gewährung von Fürsorgeunterstützung unmöglich erscheine, daß der Staat das Prozeßrisiko trage, müsse das Verteilungsprinzip näher ausgestaltet werden (37). Dies geschehe durch eine entsprechende Modifizierung der Ausgangsvermutung in dubio pro libertate.

Werde vom Menschen vermutet, daß er sich spontan rechtmäßig verhalte, müsse von ihm in gleicher Weise vermutet werden, daß er für sein Fortkommen und seine Existenz aus eigener Kraft aufkommen könne und wolle. Die Regel sei daher, daß jemand nur aus eigenem Verschulden in eine Notlage gerate,

---

(36) Auer S. 62-65

(37) Auer S. 75

oder wenn jemand in eine solche Lage geraten sei, beruhe dies auf eigenem Verschulden (38). Diese Ausgangsvermutung ergebe sich aus dem Subsidiaritätsprinzip, nach dem jeder Lebens- und Rechtskreis alle Aufgaben in eigener Vollmacht und Initiative leisten solle, die er aus seinem Wesen und Wirklichsein zu leisten vermöge. Das so verstandene Subsidiaritätsprinzip folge aus der Menschenwürde und beherrsche das geltende Fürsorgerecht (39). Daraus aber ergebe sich, daß jeder Sozialanspruch, mithin auch der Fürsorgeanspruch, eine Ausdehnung der Eigensphäre des Einzelnen und damit eine Ausnahme von der modifizierten Ausgangsregel sei (40). Da zudem im Bereich der Lebenserhaltung, also im Bereich der Mittel, der Vorrang des allgemeinen Interesses gelte (41), müsse unter Zugrundelegung der erarbeiteten Kriterien im Bereich der Sozialansprüche der Einzelne die Beweislast und mithin das Prozeßrisiko tragen (42).

Schneider formuliert etwa folgendermaßen: " in dubio pro libertate " hieße in paradoxer Wendung im Verwaltungsprozeß um die Sozialleistungspflicht des Staates " in dubio pro auctoritate " (43).

## 2. Kapitel Die Bedenken gegen diese Ansicht

Auch gegen diese Lösung ergeben sich eine Reihe von Bedenken, die im folgenden aufgezeigt werden sollen.

---

(38) Auer S. 78, 79, Fn. 2

(39) Die Ausführungen Auers sind zwar zum alten Fürsorgerecht ergangen, lassen sich aber auf den Bereich des BSHG übertragen.

(40) Auer S. 76-79; vgl. auch Hoffmann DVBl 1957, S. 607

(41) Auer S. 79, Fn. 3, 70

(42) Auer S. 79

(43) Schneider S. 279

## I Der Ausgangspunkt für eine Kritik

Es fällt zunächst schwer, Ansatzpunkte für eine Kritik an der Ansicht von Auer zu finden, da seine Lösung den Vorteil hat, die Beweislastfrage nicht ohne Rücksicht auf das Grundgesetz und den verfassungsrechtlichen Hintergrund des Verhältnisses Staat-Bürger zu verteilen. Bei näherer Betrachtung aber fragt es sich etwa, ob Grund für die Beweislastverteilung ausschließlich das durch die Verfassung bestimmte und in die Ausgangsvermutung integrierte Wertverhältnis zwischen Staat und Bürger sein kann. So mögen auch in dieser Frage Gesichtspunkte der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit, Zumutbarkeit oder Praktikabilität Bedeutung erlangen und das grundsätzlich bestehende Wertverhältnis überlagern (44).

Das aber kann nicht weiter verfolgt werden, da es nicht um die Frage einer allgemeinen Regel für die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß geht, sondern allein darum, wer im Falle der Nichterweislichkeit von Arbeitsfähigkeit und damit der Möglichkeit der Selbsthilfe durch Arbeit das Prozeßrisiko zu tragen hat. Ansatzpunkt kann hier nur die für die Beweislastverteilung von Auer zugrundegelegte Ausgangsvermutung sein, nämlich daß der Einzelne in Freiheit für seine Existenz aus eigener Kraft aufkommen könne und wolle, und deren Herleitung aus dem Subsidiaritätsprinzip, das aus der Menschenwürde folgen und mit dem des geltenden Fürsorgerechts übereinstimmen soll.

---

(44) Tietgen S. 37; vgl. auch ablehnend Sacklowski S. 66, allerdings ohne Begründung; anders auch Deppe S. 22, der als Rechtfertigung der Beweislastverteilung das Rechtsprinzip anführt; zum letzteren kritisch Auer S. 37

## II Die Ausgangsvermutung und das Wesen der Sozialhilfe

Zweifelhaft ist schon, ob die Ausgangsvermutung Auers in ihrem Inhalt mit dem Wesen und den Grundgedanken der Sozialhilfe übereinstimmen kann. Bei der Abgrenzung zwischen den Aufgaben und Grundsätzen der Sozialversicherung und denen der Sozialhilfe ergab sich, daß die Annahme, der Versicherte sei prinzipiell normal wirtschaftlich und grundsätzlich fähig, sich wirtschaftlich selbständig zu erhalten und sein Leben zu gestalten, zwar im Bereich der Sozialversicherung Geltung hat und zu den aufgezeigten Konsequenzen für die Gestaltung des Versicherungsverhältnisses führt. Ein ganz anderer Ausgangspunkt wurde aber für die Sozialhilfe zugrundegelegt, nämlich daß sie sich ihrem Wesen nach gerade mit Menschen befaßt, die den Anforderungen ihrer sozialen und gesellschaftlichen Situation nicht gewachsen sind (45)

Mag danach die Ausgangsvermutung für den Bereich der Sozialversicherung zugrundegelegt sein und zu einer entsprechenden Beweislastverteilung zu Lasten der Versicherten führen, würde die Annahme, der Einzelne könne und wolle für sein Fortkommen und seine Existenz aufkommen, im Rahmen der Sozialhilfe mit deren Wesen unvereinbar sein, da ihr zentraler Ausgangspunkt nicht der selbständig wirtschaftende und gestaltende Mensch, sondern der Mensch in einer konkreten Notsituation ist.

Schon hieran zeigt sich, daß die Ausgangsvermutung, so wie sie von Auer formuliert wird, einer Lösung der Beweislastfrage im Sozialhilferecht nicht zugrundegelegt werden kann.

---

(45) vgl. oben unter Erster Abschnitt, 3. Kap., I, II

### III Die Frage der Übereinstimmung des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzipes mit dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip

Das eben gewonnene Ergebnis wird noch deutlicher, wenn sich nachweisen läßt, daß auch die Herleitung der Ausgangsvermutung Auers aus dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip, das aus der Menschenwürde folgen und mit dem des geltenden Fürsorgerechtes übereinstimmen soll, nicht richtig ist.

#### 1. Das sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip

Richtig ist zunächst, daß das damalige Fürsorgerecht und das geltende Sozialhilferecht den einzelnen Hilfesuchenden aufrufen, alle ihm zur Verfügung stehenden Kräfte und Mittel einzusetzen, um sich selbst aus seiner Notlage zu befreien, §§ 2, 11 und 18 BSHG. Hierdurch wird die staatliche Verpflichtung zur Gewährung des Existenzminimums, die der Staat im Bundessozialhilfegesetz eingegangen ist, und der ein Anspruch des Einzelnen auf Hilfe entspricht, begrenzt, einmal deshalb, weil mit Rücksicht auf die Allgemeinheit der Mittel nur solche Hilfesuchende unterstützt werden sollen, die sich selbst nicht helfen können, zum anderen aus der Erkenntnis, daß die Selbsthilfe ein der Würde des Menschen entsprechender Weg ist, sich aus der Notlage zu befreien. Diese Selbsthilfepflichten, die auch darin bestehen, einer das Existenzminimum sichernden Arbeit nachzugehen, sind Bezugs- und Ausgangspunkt des in § 2 BSHG niedergelegten Nachranges der Sozialhilfe oder der sozialhilferechtlichen Subsidiarität, wie ebenfalls teilweise formuliert wird (46).

---

(46) vgl. Schellhorn-Jirasek-Seipp § 2 I

Ob dieses sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip allerdings dem Inhalt und der Aussage des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes entspricht, wie es teilweise als ein dem Grundgesetz vorgegebener Satz des Verfassungsrechtes anerkannt wird, ist nicht unzweifelhaft (47). Um das näher zu begründen, muß der Inhalt des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes, der lange Zeit unklar und vage war (48), aufgezeigt werden.

## 2. Der positive Gehalt des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes

Nach der neueren Literatur soll das allgemeine Subsidiaritätsprinzip zunächst und vor allem einen positiven Gehalt haben, der aufgrund philologischer Betrachtungsweise (49) im Anschluß an das im Namen des Prinzipes enthaltene lateinische Wort subsidium gewonnen wird. Für die übergeordnete Gemeinschaft, hier den Staat, soll die positive Verpflichtung bestehen, die kleineren, bedürftigen Gemein- und Einzelwesen hilfreich zu unterstützen (50).

Es mag hier unterstellt werden, daß ein solcher positiver Gehalt des Subsidiaritätsprinzipes angenommen werden kann, obwohl das nicht unbestritten ist (51). Ferner mag unterstellt werden, daß die im Bundessozialhilfegesetz dem Rechtsanspruch des Hilfesuchenden entsprechende staatliche Verpflichtung,

---

(47) Kritik zur Zweckmäßigkeit des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes bei Eckhardt DVBl 1968, S. 867, 868

(48) Bernzen S. 9

(49) vgl. Isensee S. 30, Fn. 4

(50) vgl. Glaser S. 21; Desch S. 30

(51) vgl. etwa ablehnend Isensee S. 30

dem Einzelnen in seine Menschenwürde bedrohenden Notlagen Hilfe zu gewähren, dem positiven Gehalt des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes insoweit entspricht, als das Verhältnis Staat- Einzelner, um das es hier im Bundessozialhilfegesetz in diesem Zusammenhang ausschließlich geht, angesprochen ist, obwohl durchaus fraglich ist, wie etwa Form, Art und Umfang der hilfreichen Unterstützung nach dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip aussehen soll, und ob dies den doch recht deutlichen Ausgestaltungen der Unterstützungspflicht des Staates im Bundessozialhilfegesetz entspricht. Schließlich mag auch richtig sein, daß der Unterstützungspflicht des Staates ein entsprechendes Recht des Einzelnen auf Unterstützung gegenübersteht (52), obwohl das zweifelhaft wird, wenn man das allgemeine Subsidiaritätsprinzip nur als objektive Norm mit Reflexen zugunsten der jeweils unteren Einheit auffaßt (53).

Jedenfalls aber zeigt sich zweierlei:

Einmal bringt das so verstandene allgemeine Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Staat-Einzelner keine wesentlich neuen Aussagen und Gedanken. Die Verpflichtung des Staates zur Hilfe für den hilfsbedürftigen Einzelnen und der entsprechende Rechtsanspruch des Betreffenden sind nicht zweifelhaft und werden weitgehend auch ohne jeden Rückgriff auf das allgemeine Subsidiaritätsprinzip den grundlegenden Verfassungsnormen der Art 1 und 20 GG entnommen (54).

Insoweit bedarf es also garnicht notwendig einer Aussage oder einer Formulierung eines allgemeinen Subsidiaritäts-

---

(52) Desch S. 30

(53) vgl. Isensee S. 29, 30, 315

(54) BVerwGE 1, S. 159 ff; Hamann Art. 1 Anm. 5;  
Maunz-Dürig Art. 1 Rdnr. 43; Schmidt-Bleibtreu-Klein  
Art. 1 Anm. 14

prinzipes, weil eben dieselbe Aussage schon aufgrund der Menschenwürde und des Sozialstaatsprinzipes gewonnen werden kann.

Weiterhin zeigt sich, daß es in diesem Bereich nur um Verpflichtungen des Staates einerseits und Rechte des Einzelnen andererseits geht, nicht aber um Verpflichtungen des Einzelnen, wie sie etwa das im sozialhilferechtlichen Nachrang verankerte Selbsthilfegebot des § 2 BSHG enthält. Zwar ist nicht zu verkennen, daß das Selbsthilfegebot mit der Verpflichtung des Staates zur Hilfe und dem Recht des Einzelnen auf Hilfe in einem Spannungsverhältnis steht, das im Rahmen des Bundessozialhilfegesetzes durch entsprechende Begrenzungen der staatlichen Pflicht und dem Wegfall oder der Einschränkung des Rechtsanspruches gelöst worden ist. Jedenfalls aber muß die im Selbsthilfegebot enthaltene Verpflichtung zum Einsatz aller Kräfte und Mittel zur Bekämpfung der Notlage grundsätzlich als aliud gegenüber der im positiven Sinne verstandenen allgemeinen Subsidiarität der staatlichen Hilfspflicht angesehen werden.

Damit kann festgehalten werden, daß im positiven Bereich des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes eine inhaltliche Identität mit dem sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzip nicht besteht.

### 3. Der negative Gehalt des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes

Neben dem positiven Gehalt des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes soll der negative Gehalt des Prinzipes in der Verpflichtung der übergeordneten Gemeinschaft, sich jeder

Tätigkeit zu enthalten, wenn die Kräfte der untergeordneten, kleineren Gemein- und Einzelwesen ausreichen, also in einer Enthaltksamkeit oder Funktionssperre (55) zu Lasten der übergeordneten Gemeinschaft bestehen.

Legt man das unserer Betrachtung zugrunde, zeigt sich, daß auch insoweit eine Identität des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips mit der sozialhilferechtlichen Subsidiarität nicht bestehen kann.

Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip legt ausschließlich dem Staate eine Verpflichtung zur Enthaltksamkeit und Respektierung des Lebensraumes der kleineren Einheit auf. Es kennt aber keine Verpflichtung des Einzelnen, seinen Lebensraum seinen Kräften gemäß zu gestalten, was überhaupt zu Überlegungen Anlaß geben könnte, ob insoweit eine Identität oder Ähnlichkeit mit dem Selbsthilfegebot des § 2 BSHG besteht. Vielmehr soll das allgemeine Subsidiaritätsprinzip dem Schutz des Einzelnen oder der kleineren Gemeinwesen vor Übergriffen und Eingriffen der größeren Gemeinschaft dienen (56), so daß sich nur die Frage stellen läßt, ob nicht der Enthaltksamkeitsverpflichtung auf seiten des Staates ein Recht des Einzelnen oder der kleineren Gemeinschaft auf Nichteingreifen des Staates entspricht (57).

Durch § 2 BSHG wird aber kein Recht auf Nichteingreifen seitens der größeren Einheit gewährleistet, sondern eben im Gegenteil dem Einzelnen eine Pflicht zur Einschränkung der staatlichen Verpflichtung zur Hilfe auferlegt (58).

---

(55) vgl. Glaser S. 21; Isensee S. 30; so auch zunächst Desch S. 31

(56) so auch Glaser S. 45

(57) bejahend Glaser S. 45

(58) so auch Glaser S. 45

#### 4. Die Aussage des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes nach Bernzen

Demgegenüber wird insbesondere von Bernzen behauptet, das allgemeine Subsidiaritätsprinzip enthalte auch die Aussage, daß der Einzelmensch alles in Angriff nehmen dürfe und müsse, was er an Aufgaben leisten könne. Die Bewältigung der sich für ihn ergebenden Aufgaben durch ihn selbst entspreche gerade seinem Wesen (59).

Aus diesem Verständnis der allgemeinen Subsidiarität leitet Bernzen zugleich die inhaltliche Identität mit dem sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzip in dem hier behandelten Bereich ab (60).

#### 5. Die Kritik an dieser Auffassung

Die Auffassung von Bernzen ist aber mit dem oben dargestellten Inhalt des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes nicht zu vereinbaren. Wie ausgeführt, geht es allenfalls um ein Recht auf Nichteingreifen des Staates in den Lebensraum, den der Einzelne nach seinen Kräften gestalten kann, nicht aber um eine Verpflichtung des Einzelnen zum seinen Kräften gemäßen Gestalten seines Lebens.

Ein so verstandenes allgemeines Subsidiaritätsprinzip hat zudem den historischen Hintergrund seines Entstehens verlassen,

---

(59) Bernzen S. 31, 41, 114; vgl. auch Desch S. 2  
(60) Bernzen S. 107; Desch S. 87, 119

da es sich in der Enzyklika " Quadragesimo anno " ausschließlich als negative Verpflichtung des Staates zur Enthaltensamkeit zum Schutze des Einzelnen und der kleineren Gemeinschaften darstellt (61).

Weiterhin geht dabei die eigentliche Bestimmung des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes als Grundsatznorm (62) staatlichen Handelns verloren. Es wird nicht nur umgekehrt vom Einzelnen aus gesehen, was durchaus noch denkbar und möglich wäre, sondern es wird zu einer Grundsatznorm menschlichen Handelns schlechthin ausgedehnt, die dem Einzelnen die generelle Verpflichtung auferlegt, alles das in Angriff zu nehmen, was er an Aufgaben selbst leisten kann. Dabei wird zugleich das Spannungsfeld des Verhältnisses Einzelner-Gemeinschaft, in dem das allgemeine Subsidiaritätsprinzip seinen Ausgangspunkt hat und Geltung beanspruchen kann (63), verlassen, indem eine Aussage über eine Verpflichtung des Einzelnen gemacht wird, die, wenn sie Geltung hat, auch ohne die Beziehung zu höheren Gemeinschaften bestehen kann.

Ist man gleichwohl der Auffassung, das allgemeine Subsidiaritätsprinzip enthalte die Pflicht des Einzelnen, alles in Angriff zu nehmen, was er an Aufgaben leisten kann, wird die ohnehin umstrittene These (64), das so verstandene Subsidiaritätsprinzip sei dem Grundgesetz immanent, noch zweifelhafter.

Bernzen weist für seine diese These bejahende Ansicht auf die Würde des Menschen und die staatliche Verpflichtung hin,

---

(61) vgl. den Text bei Isensee S. 19, Fn. 2

(62) vgl. Glaser S. 1

(63) so auch Desch S. 3

(64) verneinend z.B. Glaser S. 133

diese zu schützen, und behauptet, der Begriff der Würde, wie er in Art. 1 Abs. 1 GG Gestalt gefunden hat, sei mit dem Grundgedanken des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes identisch (65).

Fraglich ist dabei aber zunächst, warum überhaupt noch die Formulierung eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes erforderlich ist, wenn sich entsprechende Aussagen schon aus der Verfassung selbst, insbesondere aus dem Begriff der Würde, entnehmen lassen. Methodisch ist es doch immerhin befremdlich, ein in der Verfassung nicht konkret greifbares Prinzip zu entwickeln und dann seine Verfassungsimmanenz zu überprüfen, wenn sich der gleiche Gedanke oder dieselbe Aussage unmittelbar aus der Verfassung selbst ergibt.

Will man zudem etwas aus dem Wertbegriff der Würde des Menschen herleiten, muß er doch in seiner Stellung in Art. 1 Abs. 1 GG gesehen und begriffen werden. Ausgangspunkt kann dann aber nur sein, daß Art. 1 Abs. 1 GG die Unantastbarkeit der Würde des Menschen und die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, sie zu achten und zu schützen, als Konstitutionsprinzip allen staatlichen Handelns zugrundelegt (66). Wenn Aussage, Zielrichtung und Zweck dieses unverfügbaren Prinzipes in der Achtung und im Schutz der Menschlichkeit liegen, kann man allenfalls daran denken, hieraus Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat, nicht aber Verpflichtungen des Einzelnen herzuleiten. Folgerichtig geht der hier nicht zuörternde Streit im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG ausschließlich darum, ob es sich bei dieser Vorschrift um ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv öffentlichen Rechtes handelt (67).

---

(65) Bernzen S. 58, 59, 60, 67

(66) vgl. Hesse § 4, S. 49

(67) vgl. etwa Nipperdey S. 11; Maunz-Dürig Art 1 Rdnr. 4; Dürig AöR Bd. 81, S. 118, 119

Bernzen greift allerdings für seine Ansicht (68) auf Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zurück, die dieses im KPD-Urteil (69) zum Begriff der Würde des Menschen gemacht hat.

Dort hat das Gericht die Würde des Menschen als obersten Wert in der freiheitlichen Demokratie bezeichnet und sie als unantastbar und vom Staat zu achten und zu schützen erklärt. Der Mensch sei danach eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte Persönlichkeit. Er werde als fähig angesehen, und es werde ihm demgemäß abgefordert, seine Interessen und Ideen mit denen der anderen auszugleichen (70).

Zweifelhaft ist aber schon, aus diesem Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichtes zur freiheitlichen Demokratie und zur Würde des Menschen, in seinem Zusammenhang mit der Abgrenzung von der Auffassung der KPD von der Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft und der Stellung des Staates ihr gegenüber, etwas für die Frage der Verfassungsimmanenz des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes abzuleiten. Zudem folgt aus der Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Leben nicht zwingend die Verpflichtung, alle Aufgaben, die der Mensch leisten kann, auch in Angriff nehmen zu müssen. Eine solche Pflicht läßt sich auch nicht aus der Fähigkeit und dem Verlangen an den Einzelnen, seine Interessen und Ideen mit denen anderer auszugleichen, herleiten. Diese Forderung bezieht sich ausschließlich auf den Tatbestand, daß der Einzelmensch in der Gemeinschaft mit anderen lebt, woraus notwendig Beschränkungen seiner Freiheit folgen müssen.

---

(68) vgl. S. 57, 58

(69) BVerfGE 5, S. 87 ff

(70) BVerfGE 5, S. 204

Entscheidend aber ist, daß das Bundesverfassungsgericht, unmittelbar an seine obengenannten Ausführungen anschließend, den Begriff der Würde zum Anlaß nimmt, nicht um daran Verpflichtungen des Einzelnen zu knüpfen, sondern um, seiner Würde wegen, die Sicherung einer möglichst weitgehenden Entfaltung seiner Persönlichkeit herzuleiten. Das soll durch die Gewährleistung fundamentaler Grund- und Freiheitsrechte und elementarer staatlicher Pflichten erreicht werden. Das Gericht führt in diesem Zusammenhang insbesondere das Recht auf Freiheit, das Recht auf Gleichbehandlung und die Pflicht des Staates an, dem Einzelnen in möglichst weitem Umfang den Weg zur verantwortlichen Mitwirkung an den Entscheidungen für die Gesamtheit zu öffnen, jegliche Unterdrückung des Bürgers zu unterlassen und auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen (71).

Berücksichtigt man dies alles, zeigt sich, daß die These von Bernzen, der Begriff der Würde in Art. 1 Abs. 1 GG sei mit dem Grundgedanken des allgemeinen Subsidiaritätsprinzipes identisch, nicht richtig ist (72).

---

(71) BVerfGE 5, S. 205, 206

(72) Zur Klarstellung sei folgendes betont: Es geht in diesem Zusammenhang ausschließlich um die Frage der Verpflichtung des Einzelnen, alles in Angriff nehmen zu müssen, was er an Aufgaben leisten kann, und deren Herleitung aus der Würde des Menschen in Art. 1 Abs. 1 GG. Nicht aber geht es um den Gedanken, daß der Mensch seiner Würde gemäß lebe und den ihm durch das Naturgesetz bestimmten Auftrag erfülle, wenn er alles tue, was er leisten könne (vgl. Bernzen S. 20). Dieser Gedanke liegt auch dem BSHG in den durch die die Existenz bedrohenden Notlagen bestimmten Grenzen zugrunde, indem es den Hilfesuchenden auf seine Selbsthilfemöglichkeiten verweist. Denn Selbsthilfe ist ein der Würde des Menschen entsprechender (vgl. BVerwG NDV 1966, S. 187), nicht aber zwingend aus ihr folgender Weg, sich aus Notlagen zu befreien und dauernd von Sozialhilfe unabhängig zu leben (vgl. auch Vierter Abschnitt, § 3, 1. Kap., II).

Die Verfassungsimmanenz des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips in der von Bernzen behaupteten Aussage läßt sich somit nur noch auf anderem Wege als den über Art. 1 Abs. 1 GG beweisen. Man könnte in diesem Zusammenhang daran denken, eine Grundpflicht, daß jedermann seine geistigen und körperlichen Kräfte zu betätigen habe (73), als im Grundgesetz verankert zu behaupten.

Dieser Weg ist aber deshalb fragwürdig, weil das Grundgesetz den entsprechenden Pflichtenkatalog der Weimarer Verfassung nicht übernommen hat, und somit schon die Existenz von Grundpflichten überhaupt zweifelhaft ist. Schließt man sich zudem der Meinung Hamanns an, daß solche Pflichten nur oder jedenfalls primär dem Staate gegenüber bestehen können, somit entsprechende Grundrechte des Staates als diesem originär zustehend voraussetzen würden, muß man die Existenz solcher Grundpflichten ablehnen. Deren Annahme würde nämlich die Anerkennung des Staates als eines dem Einzelnen gleichberechtigten und koordinierten Teilnehmers des Verfassungslebens bedeuten, während das Grundgesetz dem Staat nur eine dienende Funktion zuweist (74).

Auch weisen v. Mangoldt und Klein zu Recht darauf hin, daß die Annahme solcher Grundpflichten in vielfacher Beziehung in einem Widerspruch zu den liberalen Grundrechten steht (75), und daß Grundpflichten im Gegensatz zu Grundrechten, die Menschen- oder Bürgerrechte sein können, in aller Regel nur den Staatsbürger treffen und binden können, nicht aber den

---

(73) vgl. etwa Art. 163 WV: Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.

(74) vgl. Hamann Einführung S. 54

(75) Mangoldt-Klein Vorbemerkung A V, 1, S. 76

Menschen als solchen (76). Die hier in Frage stehende Grundpflicht müßte aber von jedermann die Betätigung seiner geistigen und körperlichen Kräfte verlangen und somit nicht nur den Staatsbürger, sondern den Menschen als solchen treffen und binden.

Billigt man dennoch wie zum Beispiel Maunz (77) die Existenz von den Menschen als solchen bindenden Grundpflichten in gewissem Umfang, müßte eine Grundpflicht, wie sie hier in Frage steht, doch eine ausschließliche sittliche Pflicht oder Forderung sein, wie auch Art. 163 WV die in dieser Vorschrift enthaltene Verpflichtung als sittliche bezeichnet hatte (78). Stimmt das allgemeine Subsidiaritätsprinzip entgegen der hier vertretenen Auffassung mit dieser Grundpflicht überein, könnte es ebenfalls nur als sittliches Prinzip verstanden werden, soweit es die Aussage enthält, daß jeder Mensch in Angriff nehmen müsse, was er an Aufgaben zu leisten vermag. Damit aber wäre es entgegen der Meinung von Bernzen in diesem Bereich nicht mehr Rechtsprinzip und Rechtsbegriff, sondern ein ausschließlich ethisches Prinzip (79).

Zusammenfassend läßt sich folgendes festhalten:

Soweit behauptet wird, das allgemeine Subsidiaritätsprinzip beinhalte die Aussage, jedermann müsse das in Angriff nehmen, was er an Aufgaben leisten könne, ist das aus den genannten Gründen abzulehnen. Eine solche Aussage folgt insbesondere nicht aus dem Begriff der Würde des Menschen, wie er in Art. 1 Abs. 1 GG Gestalt gefunden hat. In seiner eigentlichen

---

(76) Mangoldt-Klein Vorbemerkung B XI, 5, S. 113

(77) Maunz § 14 III, 4

(78) vgl. vorne den Text, S. 144, Fn. 73

(79) vgl. Bernzen S. 41

Aussage, so wie sie als positive Verpflichtung des Staates zur Hilfe und als negative Verpflichtung des Staates zur Nichteinmischung verstanden werden muß, hat das allgemeine Subsidiaritätsprinzip nichts mit der sozialhilferechtlichen Subsidiarität in § 2 BSHG zu tun (80) (81).

Damit ist zugleich die entscheidende Einbruchsstelle in die Argumentation von Auer gefunden. Die Herleitung seiner Ausgangsvermutung aus dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip läßt sich unter Berücksichtigung der hier erzielten Ergebnisse nicht aufrechterhalten. Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip enthält nicht die Aussage, daß jeder Lebens- und Rechtskreis alle Aufgaben in eigener Vollmacht und Initiative leisten soll, die er aus seinem Wesen und Wirklichsein zu leisten vermag. Eine solche Aussage folgt auch nicht aus dem Prinzip der Menschenwürde, wie es in Art. 1 Abs. 1 GG Gestalt gefunden hat. Die das Fürsorgerecht beherrschende sozialhilferechtliche Subsidiarität hat mit dem richtig verstandenen allgemeinen Subsidiaritätsprinzip ebenfalls nichts zu tun.

Somit kann die Ausgangsvermutung Auers, nach der er im Sozialhilferecht dem Kläger die Beweislast aufbürden will, nicht als Grundlage der Beweislastverteilung anerkannt werden, weil auch ihrer Herleitung und Begründung nicht zugestimmt werden kann.

---

(80) so auch Glaser S. 45

(81) vgl. auch BVerwGE 20, S. (194) 198, wo es heißt, daß der Subsidiaritätsgrundsatz im Sozialhilferecht nichts mit dem Subsidiaritätsgrundsatz zu tun habe, wie er zuweilen als ein dem Grundgesetz vorgegebener Satz des Verfassungsrechtes anerkannt werde.

### § 3 Die Lösung der Beweislastproblematik

Damit ist der Weg frei, um auf andere Weise in der Frage, ob bei unaufklärbaren Zweifeln am Vorliegen von Arbeitsfähigkeit der Hilfesuchende oder der Staat die Beweislast trägt, eine Lösung zu finden. Dabei soll versucht werden, die rechtlichen Konsequenzen einer Beweislastverteilung zu Lasten der einen oder anderen Partei zu ermitteln und aus einem Vergleich dieser Auswirkungen Rückschlüsse auf die Frage der Beweislastverteilung zu ziehen.

Dieses Vorgehen entspricht herkömmlichen juristischen Methoden, da anerkannt ist, daß die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Rechtsansicht auch an ihren Ergebnissen geprüft werden darf (82). Man brauchte nur die vorne erzielten Ergebnisse wiederaufzunehmen (83), wo es als zweifelhaft angesehen wurde, ob die Selbsthilfemöglichkeit durch Arbeit als negatives Tatbestandsmerkmal oder als rechtshindernde Norm aufzufassen ist. Geht man davon aus, daß sich hier zwei Auslegungsmöglichkeiten anbieten, ist dem Wert des Ergebnisses, das bei der einen oder anderen Auslegung entsteht, ganz besondere Bedeutung beizumessen. Führt die eine Auslegungsmöglichkeit nicht zu sachgerechten Ergebnissen, kann -auch- hieraus geschlossen werden, daß sie unrichtig ist (84) (85).

---

(82) LSG NRW Zfs 1966, S. (177) 185

(83) vgl. vorne unter § 1, 2. Kap.

(84) Enneccerus-Nipperdey AT S. 334, 335; LSG NRW Zfs 1966, S. 185

(85) Diesen Weg gehen im Grunde auch Tietgen (S. 40 ff) und das OVG Berlin (ZfSH 1971, S. (205) 211), wobei Tietgen allerdings seinen Weg als den einer verfassungsrechtlichen Determinierung der Beweislastverteilung bezeichnet.

## 1. Kapitel Die Auswirkungen der Möglichkeiten der Beweislastverteilung

Auszugehen ist von den beiden Alternativen, wie sie sich im Falle eines beweisrechtlichen non liquet darstellen. Entweder ist der Hilfesuchende arbeitsunfähig und kann sich somit nicht durch Arbeit helfen (Alt. a). Oder er ist arbeitsfähig und ist damit in der Lage, sich selbst zu helfen (Alt. b).

### I Die Verteilung zu Lasten des Hilfesuchenden

Verteilt man nun die Beweislast zu Lasten des Hilfesuchenden, wäre das Ergebnis im Rahmen der Alternative b, legt man sie allein zugrunde, nicht zu beanstanden. Der Hilfesuchende, der sich seinen Lebensunterhalt durch Arbeit verschaffen kann, ist auf seine Selbsthilfemöglichkeiten zu verweisen. Daß er keine Sozialhilfe beanspruchen kann, entspricht dem sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzip.

Schwierigkeiten und rechtliche Bedenken ergäben sich aber im Rahmen der Alternative a, falls man von ihr ausgeht. Hier würde die Verweigerung von Sozialhilfe infolge der Beweislastverteilung dazu führen, den Hilfesuchenden in einer Lage zu belassen, in der er sein Existenzminimum selbst nicht beschaffen kann, andererseits aber auch keine Hilfe durch die Allgemeinheit erhält. Damit aber würde ein Zustand in Kauf genommen, der nach heute praktisch einhelliger Auffassung der Menschenwürde des Betreffenden widerspricht. Denn er wäre gezwungen, ökonomisch unter Lebensbedingungen zu existieren, die ihn zum Objekt erniedrigten und ihm nicht erlaubten, sich

in freier Entscheidung über die unpersönliche Umwelt zu erheben, was aber gerade seine Würde ausmacht (86).

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Bei einer Aufbürdung der Beweislast auf den Hilfesuchenden unter Zugrundelegung beider Alternativen besteht die Möglichkeit, daß die Versagung der Hilfe zum Lebensunterhalt zu einem Zustand des Hilfesuchenden führt, in dem er nicht lebt, sondern vegetiert, und somit seine Menschenwürde verletzt ist.

## II Die Verteilung zu Lasten des Staates

Verteilt man hingegen die Beweislast zu Lasten des Staates, wäre im Rahmen der Alternative a nichts gegen das Ergebnis einzuwenden. Das zur Fristung der Existenz Unerläßliche würde durch die entsprechenden Mittel der Allgemeinheit gewährt und damit gleichzeitig gewährleistet, daß der Hilfesuchende nicht Schaden an seiner Menschenwürde nimmt.

Anders ist es hingegen, wenn man von der Alternative b ausgeht. Hier bedeutete die Gewährung von Sozialhilfe, dem Hilfesuchenden trotz eigener Selbsthilfemöglichkeit Mittel der Allgemeinheit zukommen zu lassen. Damit aber wäre der sozialhilferechtliche Grundsatz verletzt, daß nur der Hilfsbedürftige Sozialhilfe erhalten kann. Die unberechtigte Gewährung der Hilfe zum Lebensunterhalt wäre somit ein Verstoß gegen das sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip.

Nicht aber, und das muß gleichzeitig festgestellt werden,

---

(86) vgl. Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 43; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 1 Rdnr. 14; Hamann Art. 1 Anm. 5

würde es sich um einen Verstoß gegen die Menschenwürde des Hilfesuchenden handeln. Das folgt schon daraus, daß der Staat die Annahme von Mitteln der Sozialhilfe grundsätzlich nicht erzwingen kann, vielmehr ihre Gewährung von dem zustimmenden freien Willen des Hilfesuchenden abhängig ist. Nur ein Zwang in diesem Bereich könnte als Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person und damit als Verstoß gegen die Würde des Hilfesuchenden angesehen werden (87). Ein solcher Verstoß ließe sich zudem nur dann annehmen, wenn das sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip mit seiner Verpflichtung, die Notlage aus eigenen Kräften zu meistern, zwingend aus der Menschenwürde folgte. Das aber ist so wenig der Fall, wie es für das allgemeinrechtliche Subsidiaritätsprinzip zutrifft, wenn es als eine der sozialhilferechtlichen Verpflichtung zur Selbsthilfe entsprechende allgemeine Verpflichtung verstanden wird (88). Die Selbsthilfe entspricht zwar grundsätzlich der Würde des Menschen, was aber nicht heißen kann, daß jede andere Möglichkeit, mithin auch die unberechtigte Gewährung von Sozialhilfe, einen Verstoß gegen dieselbe bedeuten würde. Das Bundessozialhilfegesetz lockert (89) oder durchbricht (90) nämlich selbst weitgehend in zahlreichen Bestimmungen aus anderen wichtigen Gründen die sozialhilferechtliche Subsidiarität. Wäre dieses Prinzip eine zwingende Folge der Menschenwürde, wäre der Gesetzgeber durch Art. 1 GG daran gebunden und müßte es somit im BSHG streng durchführen (91). Alle

---

(87) vgl. Jehle ZfF 1969, S. 173; Gottschick-Giese § 5 Anm. 1

(88) vgl. vorne unter § 2, 2. Kap., III

(89) vgl. Desch S. 128 unter Hinweis auf die Einführung des Begriffes der Zumutbarkeit in § 28 BSHG

(90) vgl. Desch S. 128 unter Hinweis auf die gänzliche Freistellung vom Einsatz eigener materieller Mittel in den §§ 56 Abs. 1, Nr. 2 i.V.m. S. 2, 72 Abs. 4, 75 Abs. 3 und die Bestimmungen über die erweiterte Hilfe in den §§ 11 Abs. 2, Abs. 3, 29, 43, 58 BSHG

(91) zur Bindung des Gesetzgebers durch das Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der §§ 2 Abs. 2 BSHG, 4 KrOFV vgl. auch BVerwGE 20, S. (194) 198; vgl. aber VGH Baden-Württemberg NDV 1972, S. (80) 82

dieses Prinzip auflockernden oder durchbrechenden Bestimmungen wären als gegen die Menschenwürde verstoßend verfassungswidrig, ein Ergebnis, dessen Unhaltbarkeit nicht näher begründet zu werden braucht (92).

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Bei Aufbürdung der Beweislast auf den Staat unter Zugrundelegung beider Alternativen besteht die Möglichkeit, daß die Gewährung der Hilfe zum Lebensunterhalt unberechtigt ist, und somit der Grundsatz sozialhilferechtlicher Subsidiarität verletzt wird.

## 2. Kapitel Die Entscheidung zugunsten der Menschenwürde

Besteht also auf der einen Seite die Möglichkeit und Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde, muß auf der anderen Seite damit gerechnet werden, daß Mittel der Sozialhilfe unter Verletzung des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzips gewährt werden, entscheidet sich die Frage der Beweislastverteilung danach, welche dieser Gefahren unbedingt vermieden werden muß.

Damit aber treten in diesem Zusammenhang die beiden überragenden Grundprinzipien des Sozialhilferechtes, nämlich das der Menschenwürde und das der Subsidiarität der Sozialhilfe, in ein Spannungsverhältnis zueinander, das zugunsten des einen oder des anderen Grundsatzes zu entscheiden ist. Dazu muß folgendes gesagt werden:

---

(92) vgl. auch BVerwG NDV 1966, S. (187) 188, wo es als denkbar bezeichnet wird, die öffentliche Fürsorge dahin abzuwandeln, eine staatliche Garantie eines individuellen Mindesteinkommens einzugehen; allerdings sei ein derartiger Wandel verfassungsrechtlich nicht geboten; nicht unerhebliche Bedenken bestünden gegen einen solchen Wandel, soweit die Hilfe für minderjährige, unverheiratete Kinder in Frage stehe.

Soweit und so sehr sich auch das Bundessozialhilfegesetz bemüht, diese beiden Grundsätze miteinander zu koordinieren und zu verbinden, ist jedoch eines klarzustellen, daß beide Prinzipien einen verschiedenen Ausgangsbereich haben, der ihr Verhältnis zueinander bestimmt. Das Prinzip der Menschenwürde gehört unverbrüchlich zum Menschen, der durch das Bekenntnis zu seiner Würde und deren Unantastbarkeit in Art. 1 Abs. 1 GG als höchster Wert bezeichnet und anerkannt wird (93). Das sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip hat dagegen seinen Ausgangspunkt im wesentlichen im Bereich der Mittel. Es soll vor allem den Staat und die Allgemeinheit vor zu großer Inanspruchnahme schützen und damit eine Beschränkung der Aufwendungen der Sozialhilfe auf die Fälle echter Hilfsbedürftigkeit bewirken. Diese verschiedenen Ausgangsbereiche, die Anerkennung des Menschen als des höchsten Wertes überhaupt und sein absoluter Vorrang vor jeder Sache (94) rechtfertigen es, das Spannungsverhältnis zugunsten der Menschenwürde zu lösen.

Besteht somit die Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde, muß die sachgerechte Lösung darin bestehen, diese auszuschalten, sei es auch um den Preis der Gefahr einer Verletzung des Prinzipes sozialhilferechtlicher Subsidiarität. Das aber bedingt eine Beweislastverteilung zu Lasten des Staates (95), während eine solche zu Lasten des Hilfesuchenden nicht anerkannt werden kann. Letztere würde bedeuten, die Gefahr einer Verletzung des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzipes auszuschalten, sei es auch um den Preis der Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde, ein Ergebnis, das, gemessen an der Grundentscheidung der Verfassung in Art. 1 Abs. 1 GG für den Menschen, abgelehnt werden muß.

---

(93) vgl. Stein § 37, S. 218

(94) vgl. auch Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 33

(95) im Ergebnis ebenso Tietgen S. 42; OVG Berlin ZfSH 1971, S. (205) 211

## ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

Zusammenfassend sollen noch einmal die wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung festgehalten werden.

Der Begriff der Arbeitskraft oder -fähigkeit in §18 Abs.1 BSHG ist ein spezieller sozialhilferechtlicher Begriff, der nichts mit den sozialversicherungsrechtlichen Begriffen der Arbeits-, Berufs- und Erwerbsunfähigkeit oder dem Begriff der Vermittlungsfähigkeit im AFG zu tun hat. Er muß vielmehr aus dem Bundessozialhilfegesetz und den besonderen Wesensmerkmalen der Sozialhilfe im Bereich der Hilfe zum Lebensunterhalt entwickelt und verstanden werden.

Unter Arbeitskraft ist danach die Fähigkeit zu einer Tätigkeit zu verstehen, die nach ihrer Art Inhalt und Gegenstand einer zumutbaren, erwerbsmäßigen Betätigung körperlicher, geistiger, selbständiger oder unselbständiger Art ist und dem Hilfesuchenden tatsächlich als normale Arbeit oder als spezielle Arbeit im Rahmen angepaßter Arbeitsstellen zur Verfügung steht.

Nur der in diesem Sinne Arbeitsfähige ist der Pflicht zur Erwerbsarbeit im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt unterworfen. Kommt er ihr nicht nach, treffen ihn grundsätzlich die im Unterabschnitt 4 vorgesehenen Folgen bei Arbeitsscheu. Nach dem Verwirkungstatbestand des § 25 Abs. 1 BSHG löst seine Arbeitsverweigerung den Wegfall des Anspruches auf Hilfe zum Lebensunterhalt und damit jeder Leistungsgewährung aus, ohne daß die Versagung der Mittel tauglich sein müßte, ihn in seinem Selbsthilfestreben zu fördern. Bei beharrlicher Arbeitsverweigerung kommt zudem eine Arbeitshausunterbringung in Betracht, § 26 Abs. 1 BSHG. Sie ist aber nur dann zulässig,

wenn den Unterhaltsberechtigten oder dem Hilfesuchenden selbst mit Rücksicht auf die in § 25 Abs. 3 BSHG geschützten Personengruppen laufende Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege des Anspruches gewährt werden muß. Bei alleinstehenden Arbeitsverweigerern kann § 26 Abs. 1 BSHG hingegen keine Anwendung finden.

Anders muß die Weigerung des Hilfesuchenden beurteilt werden, an der Aufklärung des für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit erheblichen Sachverhaltes mitzuwirken. Versagt er sich einer notwendigen ärztlichen Untersuchung oder der Meldung beim Arbeitsamt, verletzt er seine Pflicht zur Mitwirkung nach § 115 Abs. 1 BSHG. Kann infolgedessen der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht aufgeklärt werden, kann das zum Ausspruchsausschluß führen.

Bleiben hingegen trotz aller Bemühungen der Beteiligten unaufklärbare Zweifel an der Arbeitsfähigkeit des Hilfesuchenden, trägt hierfür die Behörde und somit der Staat die materielle Beweislast.

## Lebenslauf

Am 24. August 1946 wurde ich als fünftes Kind des Josef Busch und seiner Ehefrau Katharina, geb. Uchtmann, in Essen geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule wurde ich Ostern 1957 in das altsprachliche Gymnasium Petrinum in Recklinghausen aufgenommen, wo ich am 23.2.1966 die Reifeprüfung bestand.

Im Sommersemester 1966 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Vom Sommersemester 1967 bis zum Wintersemester 1967/68 studierte ich an der Eberhard Karls-Universität in Tübingen, danach für weitere zwei Semester wieder an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Vom Sommersemester 1969 an setzte ich mein Studium an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz fort, wo ich am 2. Februar 1971 vor dem Landesprüfungsamt für Juristen die erste Staatsprüfung bestand.

In der Folgezeit befaßte ich mich bis Ende Mai 1972 mit der Anfertigung meiner Dissertation. Gleichzeitig war ich als Student der Betriebswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität immatrikuliert. Seit dem 1. Juli 1972 bin ich mit Vera Maria Kostiuik Busch verheiratet. Seit September 1972 bin ich als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf tätig. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 8. Februar 1973 ab.









